

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

La Représentation Successorale

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 21 Janvier à 1 h. 1/2 de l'après-midi

PAR

Camille DENAGISCARDE

Avocat à la Cour d'appel
Conseiller d'arrondissement

Président : M. MASSIGLI, professeur

Suffragants { *MM. WEISS, professeur*
CAPITANT, chargé de cours

PARIS V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

DE

La Représentation Successorale

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 21 Janvier à 1 h. 1/2 de l'après-midi

PAR

Camille DENAGISCARDE

Avocat à la Cour d'appel
Conseiller d'arrondissement



Président : M. MASSIGLI, professeur

Suffragants { MM. WEISS, professeur
CAPITANT, chargé de cours

PARIS V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

BIBLIOGRAPHIE

Archives parlementaires, t. XX et XXIV.

ARON. — La législation civile de la Révolution. N. R. H.,
1901.

AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 4^e édit.,
1873.

BAUCHET. — De la représentation successorale dans l'histoire du droit coutumier français. Thèse de Paris,
1907.

BAUDOIN. — Questionnaire présenté à la 4^e Sous-Commission de la revision du Code civil. Extrait du Bulletin de la Société d'Etudes législatives. Paris, 1907.

BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Traité des Successions,
t. I, 2^e édition, 1899.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis, 7^e édition. Paris, 1899-1900.

BASNAGE. — Commentaire sur la Coutume de Normandie,
4^e édition, Rouen, 1778.

BEAUMANOIR. — Commentaire des Coutumes du Beauvoisis.
Nouvelle édition par le comte Beugnot. Paris,
1842.

BOURJON. — Droit commun de la France. Paris, 1770.

BOUTARIC. — Les Institutes de Justinien conférées avec le droit français. Toulouse, 1757.

Actes du Parlement de Paris, 1863.

BRISAUD. — Manuel d'Histoire du droit français. Paris, 1904.

Code civil allemand publié par le Comité de Législation étrangère avec le concours de la Société de Législation comparée.

Code civil suisse, 10 décembre 1907.

Les successions. 2^e avant-projet imprimé avec un commentaire pour la Commission d'experts.

— Avant-projet du département fédéral de Justice et de Police.

— Exposé des motifs de l'avant-projet du département fédérale de Justice et de Police, t. II des Successions. Berne, 1901.

— Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant le projet de Code civil suisse, mai 1904.

DELISLE. — Recueil des Jugements de l'Echiquier de Normandie au XIII^e siècle. Paris, 1867.

DEMOLOMBE. — Cours de Code civil. Des Successions, t. I à IV, 1872-1875.

DERNBURG. — Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs. Halle, 1899.

DOMAT. — Les lois civiles dans leur ordre naturel. Paris, 1777.

DUFRENE. — De la Représentation successorale. Thèse de Paris, 1886.

- ESPINAY (D'). — La liberté de tester et la copropriété familiale. Angers, 1882.
- FERRIÈRE. — Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris, 1714.
- FLINIAUX. — Le système des parentèles comme mode de dévolution de la succession *ab intestat*. Thèse de Paris, 1906.
- GÉNY. — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Préface de Raimond Saleilles. Paris, 1899.
- GIRARD. — Manuel élémentaire de droit romain, 4^e édit., 1906.
- GLASSON. — Le droit de succession au moyen âge. N. R. H., 1892.
- Histoire du droit et des institutions de la France. Paris, 1887.
- GUICHARD. — Dissertation sur le régime actuel des successions. Paris, an VII.
- GUYNÉ. — Traité du droit de représ. suivant la diversité des coutumes de France. Paris, MDCCLXXIX.
- HOUARD. — Dictionnaire de droit normand. Rouen, 1782.
- HENRYS. — Œuvres publiées par Bretonnier, édition 1738.
- HENRY. — A travers la coutume de Paris et les Institutes coutumières de Loysel. Revue critique, 1904.
- JARRIAND. — Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit. Thèse de Paris, 1889.
- JULIEN. — Nouveau commentaire sur les statuts de Provence. Aix, 1778.

- KOHLER. — Zwei studien über das sogenannte Repräsentationsrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre der Fiktionen. Dans les Gesammelte Abhandlungen aus dem gemeinen und françoesischen Civilrecht. Maunheim, 1883.
- LAMOIGNON. — Recueil des arrêts de M. le premier président de Lamoignon, 1777.
- LAURENT. — Principes de droit civil, 1878. Avant-projet. Motifs et matériaux (Bibliothèque du Comité de Législation étrangère).
- LAVELEYE (DE). — La propriété et ses formes primitives. Paris, 1891.
- LEBRUN. — Traité des successions. Paris, 1775.
- LOUET. — Arrêts notables des Parlements, 1742.
- LOYSEL. — Institutes coutumières annotées par Eusèbe de Laurière. Paris, 1846.
- MARCADÉ. — Explication théorique et pratique du Code civil, 8^e édition, 1885.
- MARNIER. — Etablissements et coutumiers, assises et arrêts de l'échiquier de Normandie au XIII^e siècle. Paris, 1839.
- MASSIGLI. — Les successions ab intestat. Cours de droit civil approfondi et comparé, 1906-1907. Revue critique, 1887.
- MAYNARD. — Notables et singulières questions de droit écrit jugées au Parlement de Toulouse 1751.
- PLASMANN. — Code et Traité des absents. Paris et Orléans, 1844.

- PLANCK. — Burgerliches Gesetzbuch, 1898-1902.
- POTHIER. — Traité des successions. Edition Bugnet, t. VIII.
Paris, 1845.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil, 4^e édition,
1908.
- PAPON. — Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines,
Paris, 1607.
- SAGNAC. — La législation civile de la Révolution, la propriété
et la famille. Paris, 1888.
- SCHUTZEMBERGER. — Les lois de l'ordre social. Paris, 1849-
1850.
- STOBBE. — Handbuch des deutschen Privatrechts. Berlin,
1908.
- SUMMER-MAINE. — Etude sur l'ancien droit et la coutume pri-
mitive, traduction française, 1884.
- TOULLIER. — Le droit civil français suivant l'ordre du Code,
5^e édition, 1830-1843.
- VALLIER. — Le fondement du droit successoral en droit
français. Thèse, Paris, 1902.
- VERMEIL. — Code des successions suivi d'une explication
par ordre des matières de la loi du 17 nivôse an II.
- VIOLLET. — Institutions politiques, 3^e édition, 1905.

DE LA Représentation successorale

INTRODUCTION

Il est naturel à l'homme énergique d'avoir le désir de régler l'avenir et d'essayer de prolonger l'influence de sa volonté au delà du terme de sa vie ; la loi lui permet de le faire dans une certaine mesure, mais, s'il n'use pas de cette liberté, elle se substitue à lui (1) et règle elle-même la dévolution de ses biens : la succession *ab intestat* s'ouvre, les héritiers légaux sont appelés.

Ils peuvent succéder de deux façons (2) : de leur chef ou par représentation.

1. A défaut de disposition de l'homme la loi distribue ses biens selon ses vues présumées d'affection. — Jaubert au Corps législatif, Fenet, t. I, p. CXI.

2. La succession par transmission n'apparaît pas en effet comme un mode distinct des deux autres.

Quand un parent est appelé à la succession en raison du degré qu'il occupe lui-même dans l'ordre des successibles on dit qu'il succède de son chef. Primus meurt laissant deux fils, ils succéderont de leur chef. Autre exemple : Primus a eu deux enfants, ils renoncent tous deux à sa succession, mais ils ont eu des enfants qui sont vivants. Les deux enfants du premier degré sont censés n'avoir jamais été héritiers (Civ. 785) les petits-enfants vont être appelés en vertu d'un droit propre, ils vont bénéficier de la vocation héréditaire à défaut de leur père, ils succèdent de leur chef (Cf. Civ. 787).

Supposons maintenant un père qui a deux enfants : l'un d'eux, Primus, prédécède laissant lui-même des enfants. Le *de cujus* laisse donc à sa mort un fils et des petits-fils issus de son fils Primus prédécédé. Si nous faisons application du principe que dans chaque ordre le degré fait la vocation, les enfants de Primus seraient écartés. Il n'en sera pas ainsi, la succession sera divisée en deux parts comme si Primus avait survécu et ses enfants recueilleront la moitié à laquelle il aurait eu droit : on dit qu'ils succèdent par représentation. Donc, succéder par représentation, c'est arriver à une succession, non pas à raison de son propre rang, mais aux lieu et place d'un auteur prédécédé dont on vient occuper le rang.

Il nous paraît important de mettre dès le début ce point en lumière : représenter c'est succéder, c'est-à-

dire, qu'en dehors des conditions spéciales à remplir pour succéder par représentation, que nous aurons à déterminer par la suite, il faut d'abord remplir les conditions générales requises pour pouvoir être héritier. En effet lorsqu'on parle de succession on pense d'abord à la succession ordinaire (cas où l'héritier succède de son chef) et il faut reconnaître que c'est le mode de succéder qui reçoit l'application la plus large, la plus générale, la plus facile. La succession par représentation apparaît, avec les conditions supplémentaires qu'elle impose à ceux qui veulent en bénéficier et avec les limites restreintes et très nettes qui lui ont été assignées par la loi, comme un peu exceptionnelle.

Au point de vue logique, on peut, sans aucun doute, concevoir un système successoral d'où la représentation serait bannie ; notre très ancien droit l'avait repoussée sous l'influence de nécessités politiques et sociales. Elle s'est cependant introduite dans nos lois et a pénétré toutes les législations modernes avec la force des idées humaines et justes : elle procède en effet d'un principe généreux et profite souvent à des héritiers que leur âge met hors d'état de se suffire et qui toujours ont été frappés dans leurs affections puisque la représentation implique la disparition (mort ou absence) des parents les plus proches, guides et soutiens naturels de leurs enfants (Cf. Civ., 744). Pratiquement la représentation fait partie des dispositions spéciales qui dominent la matière de la dévolution des successions et, si elle n'est pas d'une

application générale à tous les héritiers, du moins ses effets se font-ils sentir à chaque instant dans les diverses combinaisons que produit le jeu de tout le système des successions. Et l'on peut affirmer qu'elle concorde avec les principes qui régissent nos lois successorales : en effet si elle paraît déroger à la règle de la proximité du degré, c'est là une conséquence de l'admission de la théorie de la représentation, fiction introduite fâcheusement par les commentaires et conservée à tort par les rédacteurs de notre Code civil. En réalité le principe du partage égal entre les enfants étant admis, on ne pouvait au cas de concours entre des enfants vivants et des petits-enfants issus d'un fils prédécédé exclure ceux-ci au profit de celui-là : la part du fils prédécédé devait être attribuée aux enfants issus de lui qui ne doivent pas subir un préjudice parce que leur père est prédécédé : l'ordre des décès doit en effet influencer le moins possible sur le résultat final de la dévolution (1), et la représentation apparaît alors comme une déduction logiquement tirée de l'idée d'égalité entre les enfants.

La dévolution est organisée dans le Code d'après la

1. Idée juste et très en faveur chez les juristes modernes puisque M. Huber a pu écrire que c'était là la raison qui devait faire adopter le système des parentèles : « Ce système présente cette inappréciable supériorité que le fait qu'une personne est prédécédée ou a survécu à une autre n'exerce aucune influence sur le résultat final de la dévolution, dans tous les cas on peut calculer exactement d'avance ce qui sera attribué à chacun d'eux ; si les parents d'un degré plus proche décèdent avant le *de cujus* il recevra autant que si la succession avait été dévolue tour à tour à chacun des prédécédés. » (Huber. *Exposé des motifs du Code civil suisse*, t. II des successions, p. 8.)

volonté présumée du défunt ; et il nous paraît nécessaire de distinguer nettement ici le fondement du droit de succession du fondement de la dévolution. Il serait faux de dire que dans le Code civil la succession *ab intestat* est basée sur l'affection présumée du défunt : la transmission *ab intestat* vient de l'autorité de la loi ; mais dans l'organisation de cette transmission, la loi considère qu'il est de l'intérêt social que cette dévolution soit conforme à certains devoirs de famille et c'est d'après ces devoirs qu'elle règle la dévolution en supposant que la volonté du défunt aurait été conforme à ces devoirs.

Le classement en ordres et en degrés, avec attribution de la succession aux plus proches, a été établi par les rédacteurs du Code civil parce qu'il leur semblait correspondre à la hiérarchie normale des affections du défunt : ils présument que son affection, très vive pour les parents proches, va en décroissant à mesure que devient plus faible et plus ténu le lien de parenté. Cependant, il est des cas où des parents de degrés inégaux sont placés au même rang dans le cœur du défunt par exemple des fils et des petits-fils issus d'un enfant prédécédé ; le défunt reporte sans aucun doute sur ses petits-fils l'affection qu'il avait pour son fils et la loi qui nel'admettrait pas « serait presque toujours en opposition avec les affections du défunt et violerait presque toujours ses intentions (1) ». La représentation est donc fondée sur la

1. Chabot au Tribunat, Fœnet, t. XII, p. 170.

volonté présumée du défunt ; voilà sa base et sa justification.

Partant de ce principe, les rédacteurs du Code admettent la représentation à l'infini en ligne directe descendante, car toujours les enfants prennent au foyer familial la place laissée vide par le père disparu. Il n'en sera pas de même en ligne ascendante ; l'enfant ne reporte pas sur son grand-père l'affection qu'il avait pour son père prédécédé. Les liens d'affection entre l'enfant et ses ascendants sont considérés comme purement personnels à chaque ascendant : la représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants (Civ., 741). En ligne collatérale la représentation ne sera admise qu'au profit des descendants de frères ou sœurs du défunt, car ceux-ci forment avec lui un groupe assez étroit pour qu'il soit permis de supposer que l'affection qu'il avait pour eux se reportera sur leurs enfants : les neveux et nièces prennent en effet dans le cœur de l'oncle la place de ses frères disparus. Mais la loi ne va pas plus loin et les autres collatéraux ne pourront être représentés ; les liens d'affection apparaissent entre eux comme purement personnels et intransmissibles.

Cette théorie de l'affection présumée est-elle la véritable base de la représentation et suffit-elle à expliquer les solutions de notre loi française ? Nous ne le pensons pas et nous verrons même que dans une certaine mesure elle est en opposition sinon avec la représentation du moins avec une de ses conséquences principales.

L'homme reporte, dit-on, sur ses descendants du second degré l'affection qu'il avait pour ceux du premier : le *de cujus* est mort laissant un fils et un petit-fils issu d'un fils prédécédé, sa succession sera partagée par moitié entre eux. S'il y avait eu trois petits-fils au lieu d'un, est-il permis de dire que l'aïeul les aimait chacun trois fois moins pour expliquer qu'ils ne prennent chacun qu'un sixième de la succession ? Si nous supposons quatre petits-enfants dans une souche et un seul dans l'autre, est-il vraisemblable de supposer que celui-ci sera chéri par le grand-père autant que les quatre autres réunis ? Les enfants de l'indigne ne représentent pas leur père (Civ., 730), expliquera-t-on ce résultat en disant que le grand-père a reporté sur eux la haine qu'il avait contre leur auteur ? Enfin si nous supposons deux fils renonçant et laissant des descendants en nombre inégal le partage de la succession aura lieu par tête, la représentation étant impossible et ce résultat ne sera certainement pas contraire à l'affection présumée du défunt qui ne distingue pas entre ses petits-enfants. Voilà donc le seul cas dont la théorie de l'affection présumée rende parfaitement compte et c'est précisément une hypothèse où la représentation n'est pas admise.

Si cette idée était exacte elle conduirait au partage égal, soit entre les petits-enfants issus en nombre inégal de souches différentes, soit entre les petits-enfants et leurs oncles. Or s'il est possible scientifiquement, comme nous le verrons plus tard, de concevoir un partage par sou-

che sans droit de représentation, il n'en est pas moins vrai que dans notre droit le partage par souche est considéré comme le corollaire du droit de représentation (cf. Civ., 743) et ces deux choses sont si intimement liées que, dans la pratique, on confond souvent les deux mots. La théorie de l'affection présumée qui amènerait à écarter le partage par souche, conséquence principale de la représentation, ne peut donc servir de base et d'explication à celle-ci.

La représentation ne peut se justifier que de la façon suivante : elle est conforme à la volonté du défunt présumée d'après ses devoirs de famille. A la mort de l'auteur commun la famille primitive se disjoint et ses enfants deviennent chefs de familles distinctes comme il était lui-même à la mort de son père devenu, ainsi que ses frères, chef d'un groupe séparé. Ces diverses souches ont toutes à la succession un droit égal, abstraction faite du nombre et du degré de leurs membres, et l'hérédité sera divisée en autant de parts qu'il y a de familles distinctes, au moment de l'ouverture de la succession. Si le *de cuius* est mort sans postérité, ses biens iront par égale portion aux groupes qui se sont formés à la mort de son père, et dont ses frères sont ou ont été les chefs. L'idée de devoir envers les différentes branches d'une même famille apparaît nettement et la représentation semble être une organisation familiale bien plus encore que l'expression de la volonté présumée du défunt (1).

1. Cf. Massigli, *Les successions « ab intestat »*, Cours 1906-1907.

Cette idée qui porte la marque de clarté et de logique du génie romain, échappa aux rédacteurs du Code civil ; elle avait été obscurcie par les commentateurs qui introduisirent dans notre droit la théorie de la représentation-fiction. C'est cette théorie que consacre la loi française et l'article 739 définit la représentation : « une fiction de la loi dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. » Cette définition a été empruntée à Pothier (1), elle n'est pas très heureuse et les auteurs s'accordent presque tous pour la critiquer au moins dans sa forme et dans ses détails. On peut d'abord remarquer qu'elle contient le terme à définir : elle emploie en effet les mots représentant et représenté. Elle contient une accumulation de mots qui n'ajoute rien au sens, « place » et « degré » apparaissent comme synonymes ; le degré est précisément la place que le représentant vient occuper. Enfin, il n'est peut-être pas très exact de parler des droits du représenté, celui-ci est mort, il n'a pas de droits, il en aurait seulement eu s'il avait survécu.

La représentation est une fiction nous dit l'article 739. Le mot est déjà dans Pothier (2), et l'idée était

1. Pothier. *Traité des Successions*, chap. II, sect. I, art. 1.

2. Il est curieux d'observer que Pothier définissant la « représentation à l'effet seulement de partage » — pure application de la théorie du partage par souche — n'emploie plus le mot fiction, mais dit bien la représentation est un *droit*, par lequel des petits enfants... etc. Pothier. *Traité des Successions*.

uniformément admise par nos anciens auteurs et c'est sans doute pour cette raison que dans les ouvrages qui suivirent la publication du Code, l'étrange rédaction de l'article 739 passe inaperçue, et Toullier le premier, dans une critique nerveuse et juste, montra l'inutilité de cette idée de fiction. « Dans la vérité, il n'y a point et il n'y a jamais eu de fiction dans la disposition de la loi qui admet soit en ligne directe, soit en ligne collatérale les petits-enfants et les petits-neveux à succéder en commun avec leurs oncles. La fiction est la ressource de la faiblesse, c'est la supposition d'un fait contraire à la vérité. La fiction est donc indigne de la majesté du législateur ; il n'a pas besoin de feindre, il commande... Il eût été plus convenable et plus conforme à la vérité de dire que la représentation est une disposition de la loi » (1). Cette opinion de Toullier resta longtemps sans influence sur la doctrine moderne et de très bons auteurs (2), au lieu de critiquer le législateur, essayèrent de faire voir combien était féconde et utile cette idée de fiction qui maintient l'harmonie en rattachant à un principe des dispositions qui s'en écartent et résume brièvement toute la pensée du législateur : tirer pour le cas supposé toutes les conséquences qui eussent découlé de ces faits s'ils étaient réels. Laurent pense que ce mot

1. Toullier, 5^e édit., t. IV, p. 188. Et Toullier cite Lebrun et Chabot qui, dans les définitions qu'ils donnent de la représentation, remplacent le mot fiction par le mot droit.

2. Demante, Demolombe, Laurent, Baudry-Lacantinerie.

fiction consacré par la tradition restera dans la langue du droit,

Cependant, une réaction s'est dessinée contre ces idées, et on est revenu à l'opinion de Toullier. M. Planiol (1) remarque que ce sont là les procédés dont se servait le prêteur romain qui n'avait pas le pouvoir de modifier le droit civil et voulait cependant en atténuer les solutions parfois rigoureuses dans le sens de l'équité. Le législateur moderne n'a pas à user de ces moyens ; il pose des principes et s'il y a lieu établit des exceptions, mais il le fait ouvertement ; ses décisions prises en toute liberté n'ont pas besoin d'être dissimulées sous le nom de fiction,

M. Kohler (2) détermine le caractère de la fiction, montre qu'elle peut être utile à condition de ne jamais oublier qu'elle n'a aucune existence réelle. Les fictions peuvent servir à introduire une idée nouvelle dans la vie juridique, ou bien encore on peut les utiliser comme moyen de vulgarisation pour faire comprendre une institution juridique en la comparant à certaines autres ; mais là doit se borner leur rôle. Et, se plaçant au point de vue spécial de la représentation-fiction, notre auteur

1. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 533. V. aussi Massigli. Cours, 1906-1907. — Saleilles. *Les Successions en droit comparé*. Cours, 1902-1902.

2. Kohler. *Zwei studien über das sogenannte Repräsentations recht* dans les *Gesammelte Abhandlungen aus dem Gemeinen und französischen Civilrecht*. Mannheim. 1883.

émet une théorie dont il nous paraît intéressant de reprendre les idées principales.

Le droit de représentation est issu de l'idée manifestement fausse que le seul système naturel de succession est celui de la proximité du degré ; une dérogation à ce système, qui se justifie par des motifs particuliers, ne peut être raccordée avec lui qu'au moyen d'une construction contraire à la vérité. Cela est complètement faux : il est sans aucun doute des cas où le système de la proximité du degré n'est pas juste ; il faut alors rompre avec ce système et ne pas chercher à la tenir pour plausible à l'aide de moyens détournés.

Le système exact, que l'on ne fait qu'obscurcir avec la conception du droit de représentation, est celui de l'unité de la souche. Chacun, pris séparément, forme avec sa descendance une unité qui se divise à nouveau en une suite d'unités plus éloignées. Le fils avec ses descendants, le petit-fils avec les siens, forment de nouvelles unités secondaires qui se réunissent en un organisme, en une unité plus grande, et il est par suite, très naturel que la fortune venant de la tête de la souche arrive aux branches prises séparément, et que la portion attribuée à chacune des souches se divise à nouveau entre les branches de la souche. Il est également très naturel, que la succession dans chaque souche et branche prises séparément suive son chemin sans se soucier du sort de la souche voisine ; le « flot de la succession » atteint seulement son but là où il trouve un héritier

dans la souche et la branche, et il n'est pas besoin pour expliquer ce résultat de parler de proximité du degré.

La seule chose qui ressemble à la proximité du degré est ce phénomène, qui se comprend d'ailleurs tout seul, que « le flot » (Strom) ne va pas plus loin dès qu'il a atteint son but, dès qu'il a trouvé un héritier. En conséquence s'il y a trois fils et un petit-fils issu d'un quatrième fils prédécédé, le quart qui revient à la souche du prédécédé passe au petit-fils, mais lui reste nécessairement dès qu'il est héritier, car le but est ainsi atteint et une dévolution plus lointaine aux arrière petits-fils n'est plus par suite possible. On ne peut donc parler de proximité du degré en quelque sorte que dans la dernière branche que l'hérédité atteint, et encore en quelque sorte seulement; ce n'est pas la proximité du degré mais le but naturel de la succession — qui lorsque le but est atteint n'en admet pas de plus éloigné — qui est la raison de ce fait que les membres d'une souche les plus éloignés sont exclus par les membres intermédiaires qui les unissent au défunt.

Et sans contredit ces phénomènes se laissent décrire de la façon suivante : le plus éloigné entre dans le degré du plus proche, prend sa place, etc., comme du reste le faisaient sans hésitation les jurisconsultes romains. Tout va bien tant qu'on s'en tient là, mais dès qu'on veut en tirer une règle de droit, on arrive aux conséquences les plus fausses. Il n'est jamais venu à l'esprit des jurisconsultes romains de détourner ces

expressions de leurs conséquences exactes, d'en tourmenter le sens ; ils disent *in locum allicujus succedere substitui*, etc., mais jamais ces expressions n'ont été considérées comme techniques.

Il en fut tout autrement des juristes du moyen âge : ils prirent à la lettre ces formules et conclurent que la vocation du petit-fils était pour ainsi dire absorbée par celle du fils et pour expliquer des résultats contraires à l'idée de la proximité du degré ils introduisirent dans notre droit une fiction qui s'y est maintenue. Nous aurons l'occasion de montrer les inconvénients de la fausse notion de la représentation-fiction ; remarquons qu'elle est à peu près complètement abandonnée.

Seul le Code civil autrichien a admis toutes les conséquences auxquelles conduit l'idée de fiction : c'est ainsi qu'il prohibe la représentation des personnes vivantes (§ 732) ; il restreint les droits des enfants de l'exhérédé même mort avant le testateur (§ 780). Cependant il prend parti sur un point qui est vivement controversé en droit français son paragraphe 541 dispose : les descendants de celui qui s'est rendu indigne de l'hérédité ne sont pas exclus de l'hérédité lorsque leur auteur est mort avant le *de cujus*.

Les autres Codes, même ceux des pays de tradition latine inspirés de notre Code civil, ont éliminé des définitions qu'ils donnent de la représentation l'idée de fiction et évité quelques-unes des solutions les plus regrettables auxquelles elle conduit. Art. 1980 du Code civil

portugais. — « Il y a lieu audroit de représentation lorsque la loi appelle certains parents d'une personne décédée à succéder dans tous les droits dont cette personne aurait hérité si elle avait vécu. » Art. 924 du Code civil espagnol. — « On appelle droit de représentation celui qu'ont les parents d'une personne de succéder aux droits qu'elle pourrait avoir si elle vivait ou si elle pouvait hériter. Et enfin l'article 729 du Code civil italien : « La représentation a pour effet de faire entrer le représentant dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté ». Cette définition est calquée absolument sur celle de notre Code ; cependant plus heureux que le nôtre le législateur italien qui prohibe en principe la représentation des personnes vivantes la permet lorsque l'héritier vivant est incapable (art. 734) ou indigne (art. 728) ; mais il s'est arrêté là et, comme dans notre droit, lorsque l'héritier le plus proche en degré est vivant mais renonce, la représentation n'est pas possible et le partage a lieu par tête (art. 947).

On voit donc que si ces législations ont évité en partie les solutions mauvaises de notre droit français, leur conception de la représentation reste sensiblement la même. Il n'en est plus ainsi des Codes les plus récents : on chercherait vainement dans le Code civil allemand ou dans le Code civil suisse une définition de la représentation ; ce concept est complètement abandonné ; ces législations sont, comme nous aurons l'occasion de ce montrer au cours de cette étude, revenues à l'idée sim-

ple et logique du partage par souche, qui est la base et l'essence même de la représentation, qui en est aussi l'origine puisque nous la rencontrons déjà en droit romain.

Dans une première partie historique, nous étudierons la représentation en droit romain ; dans les pays de droit écrit et dans les pays de coutume ; dans le droit de la période intermédiaire et enfin dans le Code civil.

Nous indiquerons dans une seconde partie les solutions positives de notre droit civil en les critiquant et en les comparant aux solutions d'autres législations. Nous aurons ainsi à déterminer : 1° dans quel ordre d'héritiers et dans quelles successions la représentation est admise ; 2° quelles en sont les conditions ; 3° quels en sont les effets. Nous conclurons qu'une réforme s'impose et nous indiquerons l'idée directrice dont on doit s'inspirer pour l'accomplir.

PREMIÈRE PARTIE

HISTORIQUE

CHAPITRE PREMIER

Droit romain

Il est possible de retrouver dans le très ancien droit romain, dans le droit civil pur, l'origine lointaine de la représentation. Sans doute on chercherait vainement le mot lui-même, encore moins trouverait-on une définition de la représentation : les caractères essentiels n'en ont pas été dégagés, et les jurisconsultes n'ont pas, à l'aide des principes construits une théorie de la représentation, mais en étudiant l'organisation de la succession *ab intestat* dans la loi des XII Tables, nous allons constater des résultats qui ressemblent beaucoup à ceux obtenus dans une législation qui, comme la nôtre, a admis la représentation.

A Rome, la famille est fortement organisée ; ses membres sont groupés autour du *pater familias* chef civil et religieux absolu qui conservera longtemps sur eux le droit de vie et de mort. C'est ce pouvoir du chef de famille, cette *patria potestas* qui constitue le trait dominant de ce régime, c'est elle qui va pour ainsi dire créer la parenté, c'est d'elle que va s'inspirer le législateur pour établir l'ordre des successibles : et la première classe d'héritiers (les *heredes sui*) sera formée par ceux qui y sont directement soumis, de sorte que si nous supposons un enfant du premier degré mort ou sorti de la famille, ses enfants vont tomber sous la *patria potestas* de leur grand-père et devenir *heredes sui*. Or, « les membres de cet ordre viennent tous à la succession quel que soit leur degré, mais dès lors qu'ils ne sont pas tous au premier degré la succession est partagée par souches (*in stirpes*), les descendants de chaque auteur prédécédé ou sorti de la famille ne prenant que la part qu'il eût prise lui-même » (1). Donc, voilà des descendants du second degré qui vont concourir avec leurs oncles, mais qui ne prendront, quel que soit leur nombre, que la part qui aurait été attribuée dans la succession à leur père prédécédé ou sorti de la famille. N'est-ce point là un cas de représentation ? On l'a soutenu car, dit-on, « il y a représentation toutes les fois que dans une succession une personne vient prendre la place

1. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, p. 821.

d'une autre et user de ses droits, et que ces droits passent tels qu'ils sont à ceux qui en profitent » (1). Et il faut reconnaître que ces solutions ressemblent fort à celles qui sont obtenues en droit français par l'application de la théorie de la représentation, réserve faite pour le cas où les descendants du second degré prennent la place de leur auteur sorti de la famille ; notre droit n'admettant pas, comme nous le verrons, la représentation des personnes vivantes. Cependant, il nous semble préférable de ne pas attribuer au législateur romain une construction juridique qui lui resta certainement étrangère, et il est plus exact de dire que c'est là une application de la théorie du partage par souches. Quant à sa base, il est impossible de parler d'affection présumée dans un droit où le fils ne succède pas à sa mère et où la parenté civile seule détermine la vocation héréditaire ; de pareilles idées sont inconnues dans le droit primitif de Rome dont le but, politique avant tout, est la constitution d'un état puissant à l'aide de familles fortement organisées.

Dans les nouvelles de Justinien et notamment dans les nouvelles 118 et 127 si nous ne trouvons pas le mot *représentation* nous allons cependant rencontrer un ensemble de règles dont se sont inspirés nos anciens auteurs ; et sauf pour quelques points de détail laissés dans l'imprécision et qui donnèrent lieu à des controverses célèbres, les grandes lignes de notre institution

1. Dufrène. *De la représentation successorale*. Paris, 1886, p. 96.

sont nettement tracées et il est facile de les découvrir dans notre droit français bien qu'elles aient perdu un peu de leur netteté par suite de l'introduction de notions étrangères au principe même de la représentation.

Dans la ligne directe descendante la représentation a lieu à l'infini au profit des enfants sans distinction de sexe « *si quem descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios ant alios descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti sive, suce potestatis inveniantur ; tantam de hoereditate morientis accipientes partem quancumque sui. quantam eorum parens, si viveret, habuisset; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas* » (1). Et au cas où tous les enfants du premier degré sont décédés, la succession transmise aux petits enfants est partagée entre eux par souches : « *si ex duobus filiis nepotes neptesve extant ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor ad unum ant duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia* » (2). Ce ne sont là si l'on veut que des applications de la théorie du partage par souches en tout cas on ne serait pas arrivé à des résultats différents en admettant l'idée de représentation.

Dans la ligne directe ascendante la représentation n'a

1. Nov. 118, chap. I.

2. Instit., liv. III, tit. I, § 6, *in fine*.

pas été admise, la proximité du degré décide seule, le père exclut toujours l'aïeul qui lui-même prime le bisaïeul et ainsi de suite. Au cas d'égalité de degré entre des ascendants appartenant à des lignes différentes la succession est divisée par moitié entre les deux lignes : « si eundem habeant gradum, ex eoque inter eos hæreditas dividatur ut mediatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes quanticumque fuerint mediatem vero reliquam a matre ascendentes quantoscumque eos inveniri contigerit » mais dans chaque ligne l'ascendant le plus proche exclut toujours le plus éloigné. Il y a entre ce partage par ligne et la fente moderne une certaine analogie ; il est plus douteux qu'il faille voir dans l'un l'origine de l'autre, ce mode de partage n'étant pas en effet d'une application générale dans le droit des nouvelles (1). Mais ce n'est certainement pas là un cas de représentation ; ce n'est même pas à nos yeux une application de l'idée de partage par souches, ce partage par lignes n'a en effet lieu qu'au cas d'égalité de degré entre deux ascendants tandis que tout l'intérêt du partage par souches réside précisément dans ce fait que ceux qui en profitent sont à des degrés différents.

La représentation fut aussi admise en ligne collatérale par Justinien, mais non plus d'une manière large comme en ligne directe, elle ne fonctionne qu'au profit

1. Cf. Vallier. *Le fondement du droit successoral en droit français*, Paris, 1902.

de certains collatéraux privilégiés et seulement dans certains cas déterminés. Elle est accordée aux enfants des frères et sœurs germains prédécédés et à eux seuls, et non plus comme en ligne directe à tous les descendants à l'infini. Donc les enfants d'un frère germain prédécédé vont concourir avec leurs oncles ou tantes et le partage aura lieu par souches : « Si autem defuncto fratres fuerint et alterius aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hereditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis ; et quancumque fuerint ex hereditate tantam percipient quantem eorum parens futurus esset accipere, si superstes esset. » (1) Mais la loi ne va pas plus loin et le bénéfice de la représentation ne sera pas étendu aux descendants autres que ceux du premier degré : « Hujus modi vere privilegium in hoc ordine cognationis solis præbemus fratrum masculorum et feminarum filis aut filiabus ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnino personæ ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. » Nous savons en outre que les frères et sœurs germains primaient les frères et sœurs simplement utérins ou consanguins : leurs enfants, lorsqu'ils succéderont à leur place par représentation, vont jouir du même privilège et exclure des collatéraux qui sont au second degré alors qu'ils ne sont eux-mêmes qu'au troisième. Ce résultat remarquable est du reste indiqué dans le texte même de la novelle : « Si forte

1. Nov. 118, ch. III:

præmortuus frater cujus filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctæ personæ jungebatur supers-
tites autem fratres per patrem solum forsan aut matrem
ei jungebantur, præponantur istius filii propriis thiis,
licet in tertio sint gradu (sive a patre sive a matre sint
thii et sive masculi sive feminæ) sicut eorum parens
præponeretur si viveret » (1).

La nouvelle 118 avait prévu seulement le cas de concours des frères et sœurs du défunt avec des enfants issus de frères ou sœurs germains prédécédés et dans ce cas elle accordait à ceux-ci le bénéfice de la représentation, mais si le *de cujus* laissait à la fois, des ascendants, des frères ou sœurs et des neveux ou nièces descendants de frères ou sœurs prédécédés, ceux-ci étaient exclus et la succession était partagée entre les ascendants et les frères ou sœurs survivants. Ce système un peu étrange qui faisait varier le droit des neveux ou nièces avec la présence ou l'absence d'ascendants capables de succéder fut corrigé par la nouvelle 127 : « si quis moriens relinquat ascendentium aliquem et fratres et alterius præmortui fratres filios cum ascendentibus et fratribus vocentur etiam præmortui fratres filii. » Les neveux et les nièces viennent donc à la succession et le partage a lieu par souches : « et præmortui fratres filii tantam accipiant portionem quantam eorum futurus erat, pater accipere si vixisset. »

1. Nov. 118, ch. III.

Si les frères ou sœurs germains sont tous prédécédés le partage aura-t-il lieu entre les neveux et nièces par tête ou par souche. Ce fut là le sujet d'une controverse célèbre que nous retrouverons, Azon tenant pour le partage *in capita* et Accurse pour le partage *in stirpes*

Enfin on peut supposer que les frères et sœurs sont tous prédécédés laissant des descendants du premier degré qui vont se trouver en présence d'ascendants du défunt. Que va-t-il se passer ? la succession va-t-elle être tout entière dévolue aux ascendants à l'exclusion des neveux et nièces, ou bien va-t-on admettre la représentation à leur profit et partager la succession par souches ? Le cas n'a été expressément prévu ni par la *novelle 118* ni par la *novelle 127*, la *novelle 118* envisageant seulement l'hypothèse de concours des neveux et nièces avec leurs oncles ou tantes et la *novelle 127* celle où des ascendants des frères et sœurs et des enfants issus de frères et sœurs prédécédés viennent ensemble à la succession. Beaucoup d'auteurs (1) se basant sur ce silence ont soutenu que la représentation ne devait pas être admise ; c'est disent-ils une exception que l'on doit interpréter restrictivement et que l'on ne saurait étendre à des cas qui n'ont pas été prévus par la loi. L'opinion contraire nous semble

1. Accarias, t. II, § 469. — Domat. *Lois civiles*, II, t. II, section I, § 8.—V. aussi Dufrène, *De la représentation successorale*. Paris, 1886, p. 100. — Banchet. *De la représentation successorale dans l'histoire du Droit coutumier français*. Paris, 1907, p. 19.

cependant préférable. L'équité et l'esprit de la nouvelle veulent en effet que les neveux et nièces ne soient pas plus maltraités en face d'ascendants que des frères et des sœurs. Justinien a voulu que la mort de leur père ne leur fasse pas perdre leurs droits héréditaires qu'ils recueillent toute la part que leur auteur aurait recueillie. Cette intention est marquée assez souvent et assez nettement dans la nouvelle 118 et dans la nouvelle 127 pour justifier dans un cas douteux la solution favorable aux neveux et nièces.

Quelle est la base de la représentation dans le système des nouvelles ? Nous avons dans notre introduction fait justice de la théorie qui voudrait la faire reposer sur l'affection du défunt et montré qu'on arriverait en l'admettant au partage par tête et non au partage par souches. Cette idée d'un droit égal pour les diverses souches nous l'avons rencontré déjà dans l'ancien droit romain et nous la retrouvons dans le droit plus savant de Justinien comme un vestige de cette forte organisation de la famille qui n'a pas cessé de préoccuper le législateur. Il faut noter en outre une idée d'équité, de justice qui se fait jour dans les écrits des jurisconsultes : « æquum est enim nepotes in patris sui locum succedere et eam partem habere quam pater eorum si viveret habiturus esset » (1). Les descendants ne doivent pas être frustrés de biens

1. Ulpien. *Regulæ*, 26. 2.

qui leur seraient certainement arrivés, si les décès s'étaient produits dans l'ordre normal, par voie de transmission. En somme si le législateur a été dominé par l'idée d'organisation familiale il a certainement obéi en instituant la représentation à un désir de justice et d'équité.

CHAPITRE II

Lois barbares

Elles semblent d'une manière générale n'avoir pas admis la représentation ; et l'origine de notre institution paraît bien être romaine. En effet, les lois dans lesquelles nous trouvons des vestiges de représentation sont celles des Burgondes et des Lombards, peuplades qui se trouvaient en contact avec les Romains ; très vraisemblablement leur droit a subi l'influence de la législation plus savante de Rome.

On admet généralement que la loi salique n'a pas connu la représentation, elle était en effet en opposition avec le vieux système germanique des parentèles qui ne fera que très tard une place à l'*eintrittsrecht* et de plus l'état de guerre presque permanent était peu favorable à l'établissement d'une institution qui favorisera souvent des enfants en bas-âge au détriment d'hommes en état de porter les armes. Le roi franc, Childébert II, essaya cependant de l'introduire dans un édit

rendu en 595, qui permettait aux petits-enfants de venir en concours avec leurs oncles ou tantes à la succession de leur grand-père. C'est-là encore une preuve que la représentation n'était pas pratiquée. L'édit de Childebert ne fut du reste pas observé comme on peut s'en rendre compte en lisant les formules de Marculfe (1) qui nous donnent des exemples de rappel à succession, or le rappel ne se comprendrait pas si la représentation fonctionnait.

Cependant, certaines lois germaniques ont admis la représentation en ligne directe. La loi des Burgondes dispose : « De hereditatum successione adtentius pertractantes statuimus, ut si pater eum filius sortem suam diviserit, et postea mori filium vivo patre contigerit sine filius, pater facultatem filii integram usufructuaria jure vindicet portionem quam inter filios et nepotes ita moriens dimittat, ut quanti nepotes ex uno filio fuerint qui patrem non habent, portionem patris sui vindicent qualem eorum pater habiturus erat » (2). Enfin en Lombardie la représentation était aussi pratiquée et le roi Grimoald en faisait profiter non seulement les descendants légitimes, mais encore les enfants naturels d'un fils prédécédé : « Si quis habuerit filios legitimos unum aut plures et contigerit unum ex filiis vivente patre mori et reliquerit filios legitimos unum aut plures et conti-

1. Marculfe, livre II, titre X.

2. Lex Burg., LXXVIII, Pertez, t. III, p. 565.

gerit avo mori, talem partem percipiant de substantia avi sui una cum patrius suis, qualem pater eorum inter fratres suos perceptus erat si vivus fuisset similiter et si filiæ legitimæ una aut plures et si filii naturales unus aut plures fuerint habeant legem suam sicut in hoc edicto legitur » (1).

Quoi qu'il en soit de ces textes, il est à peu près certain que la représentation ne fut pas pratiquée régulièrement chez les Germains. A cette époque, la force prime le droit et les successions sont plus souvent dévolues à ceux qui ont à leur disposition un nombre imposant d'hommes qu'à ceux qui n'ont pour eux que leur bon droit. C'est ainsi que nous voyons Charlemagne dépouiller à la mort de son frère Carloman ses neveux de l'héritage paternel, en soutenant qu'ils n'ont qu'un droit héréditaire inférieur au sien.

Du reste au ^x^e siècle la question était encore discutée et non résolue et elle préoccupait les esprits puisque l'empereur Othon I^{er} réunit à Steil une sorte de congrès qui devait décider si les enfants des fils prédécédés pourraient concourir avec leurs oncles survivants au cas où leur père serait mort avant l'aïeul. Le moine Witi-kind conte dans son *Histoire de Saxe* que les avis étaient divergents et que la discussion se prolongeait ; l'empereur Othon, soucieux de la dignité des nobles et des anciens du peuple décida alors de recourir à un combat

1. Lex Lang. Pertez, t. IV, p. 401.

judiciaire pour trancher la question. Le duel eut lieu en 941 ou 943 et le champion de la représentation en sortit vainqueur. Observons qu'il serait peut-être exagéré de croire qu'il y avait des principes de droit très solidement établis dans un état de civilisation où l'on avait recours à de tels moyens pour trancher les controverses juridiques. Quel fut le résultat d'une décision aussi fortement motivée ? On a soutenu (1) que la représentation fut immédiatement admise en Allemagne. Rien n'est moins certain : comme l'édit de Childebart, la décision de l'empereur Othon resta lettre morte et c'est seulement au xvi^e siècle que le droit de représentation fut introduit en Allemagne (Reichstag de Fribourg de 1498. — Reichstag d'Augsbourg de 1500. — Reichstag de Worms de 1521) (2).

1. Dufrêne, p. 115. — Bauchet, p. 49.

2. V. Stobbe. *Handbuch des deutschen Privatrechts*, V. p. 94.

CHAPITRE III

Ancien droit français

SECTION I

Pays de droit écrit

Pour étudier la législation de l'ancienne France on a coutume de distinguer deux grandes zones : le Nord et le Midi. Dans le Nord l'influence du droit romain se fait très peu sentir : des règles de droit s'établissent qui sont étrangères à cette législation et qui en diffèrent même quant aux principes sur lesquels elles reposent ; c'est ainsi que nous voyons la distinction entre les propres et les acquêts s'imposer dans le Nord, tandis que le droit romain avait consacré et admis l'unité du patrimoine. Ce sont les pays de coutumes.

Dans le Midi, au contraire, le droit romain n'a pour ainsi dire jamais cessé d'être en vigueur, toujours il prédomine et partout, dans les pays de droit écrit, ses idées directrices ont été adoptées et seront la base

de la législation. Mais il serait inexact de croire que le droit romain fût dès le début copié servilement et admis dans son intégrité ; il y avait dans les villes et dans les provinces des statuts, et de même que dans les pays de coutume l'influence du droit romain se fait sentir de même dans les pays de droit écrit il y a une action coutumière. La lutte s'engage entre les deux éléments, et si les statuts primitifs et incomplets sont peu à peu dominés et vaincus par la législation savante bien ordonnée et complète de Rome, on ne saurait nier qu'il y ait eu entre les deux principes une sorte d'action et de réaction réciproques.

Le droit romain ne disparut pas avec l'Empire : de même que la Grèce vaincue avait en quelque manière conquis Rome victorieuse ; ainsi la civilisation gallo-romaine influença les guerriers barbares qui ne tardèrent pas en reconnaître la supériorité. Non seulement la législation fut respectée, mais encore les rois barbares, soucieux des intérêts de leurs sujets gallo-romains, firent promulguer au début du ^{vi}^e siècle des Codes dans lesquels étaient réunis et ordonnés les divers éléments du droit romain : c'est le Pappien pour les Burgondes ; la *lex romana Wisigothorum* plus connue sous le nom de Bréviaire d'Alaric, du nom d'Alaric II roi des Wisigoths qui en ordonna la rédaction. Ce dernier recueil dont l'influence fut considérable en Gaule, comprenait d'une part les « *leges* », c'est-à-dire une partie du Code Théodosien et les nouvelles qui le suivent et d'autre part le

« jus », c'est-à-dire les sentences de Paul, les *Institutes* de Gaius, les Codes Grégorien et Hermogénien, les Responsa de Papinien (1). Le bréviaire d'Alaric était supérieur aux autres compilations, il citait presque textuellement les lois romaines et les faisait suivre d'une glose qui expliquait la loi, indiquait les modifications apportées par la pratique ; ces qualités ne tardèrent pas à être reconnues et il finit par supplanter tous les autres recueils analogues. Mais au point de vue des successions *ab intestat*, il consacrait le vieux droit des XII tables modifié il est vrai par le prêteur, les célèbres sénatus-consultes Orphitien et Tertullien et diverses constitutions impériales. Voilà le droit qui est appliqué du VII^e au X^e siècle, époque à laquelle les lois cessent d'être personnelles et les coutumes commencent à se former.

Le bréviaire a l'autorité d'un Code, c'est la loi formelle à laquelle on se réfère au moins jusqu'à la fin du IX^e siècle ; c'est vraiment le « Code romain ». Le droit de Justinien n'a pas encore d'influence : il serait peut-être inexact de dire qu'il n'est pas connu ; sans doute quelques hommes éclairés, notamment des prêtres dépositaires de la science antique, n'ignorent pas la législation de Justinien, mais le pratique ne s'en ressent pas et l'étude des formules montre que ce n'est pas à lui qu'on se réfère. Cependant, à partir du X^e siècle, l'autorité du

1. Cf. Jarriaud, *Hist. de la Nouvelle 118 dans les pays du droit écrit*, p. 75.

bréviaire décroît et le droit de Justinien connu d'abord par l'építome de Julien, commence à s'introduire dans la pratique ; il ne va pas cesser de faire des progrès, il est brillamment étudié à Bologne, un grand mouvement de recherche scientifique se produit ; c'est ce qu'on appelle, avec peut-être un peu d'exagération, la renaissance du droit romain. Dès ce moment, sous l'influence des glossateurs, le droit de Justinien est partout étudié et commenté, il va peu à peu conquérir entièrement les pays du Midi et former leur droit commun ; les auteurs et les juristes pénétrés de son esprit vont faire tous leurs efforts pour établir sa prédominance sur les institutions d'origine féodale et coutumière.

La nouvelle 118 suit le sort du droit de Justinien : elle apporte un système nouveau plus humain et plus équitable qui va aussi s'imposer aux pays du Midi et si sur certains points les coutumes des provinces et des villes s'en écartent « c'est toujours la nouvelle qui est en principe, la loi des successions *ab intestat*. »

Nous avons indiqué sommairement comment le droit romain s'est introduit dans les pays du Midi ; nous avons montré à quelles sources il a été puisé : puissant dès l'origine, son empire ne fait que s'étendre, son autorité ne cesse de croître, le droit des nouvelles est à la base de l'organisation successorale des pays de droit écrit, aussi la représentation est-elle favorablement accueillie. Nous

1. Cf. Jarriaud, *loc. cit.*

la verrons dans les pays du Nord se heurter à de nombreux obstacles, les coutumes l'accepteront avec beaucoup de difficulté, elle sera modifiée et souvent admise dans des limites restreintes, enfin elle demeurera même tout à fait étrangère à certaines coutumes qui la repousseront complètement. Rien de tel dans les pays de droit écrit : partie intégrante du droit de Justinien, la représentation pénètre avec lui dans la législation, on l'accepte comme une idée juste et féconde, on n'en discute pas le principe, elle apparaît à tous comme équitable et bienfaisante. Sans doute elle va soulever quelques controverses, mais elles naissent surtout à propos de l'interprétation des textes ; des passages obscurs ou mal rédigés prêtent à des explications différentes ; de plus, Justinien n'a pas décrit d'une façon dogmatique notre institution, il s'est contenté de dire dans tel cas le partage aura lieu par souche (*in stirpes*) ou, pour employer le langage moderne, la représentation sera admise. Faut-il s'en tenir aux hypothèses prévues par lui ou bien, le principe étant posé, faut-il en déduire des conséquences logiques et en étendre l'application à des cas similaires et voisins de ceux qui ont été décrits par lui ? Voilà, semble-t-il, le fond de toutes les discussions qui s'élèveront au sujet de la représentation entre nos anciens auteurs. Nous allons passer en revue et exposer brièvement les plus célèbres de ces questions, et si certaines solutions nous paraissent étranges et critiquables, nous nous souviendrons que l'idée simple d'un droit égal

pour toutes les souches qui était à la base de la représentation romaine échappa à nos jurisconsultes ; elle avait été obscurcie par les commentateurs qui, au lieu de sanctionner une exception formellement indiquée du reste par les nouvelles, avaient voulu sans brèche le principe de la proximité du degré et avaient dans ce but créé la théorie néfaste de la représentation-fiction.

En ligne directe ascendante, la représentation n'était pas admise, la proximité du degré seule désignait l'héritier : un ascendant paternel par exemple excluait non seulement les autres ascendants paternels moins proches que lui, mais aussi les ascendants maternels plus éloignés. Cependant, dans le cas où il y avait des ascendants au même degré, appartenant à des lignes différentes, la succession était partagée d'abord par lignes (*in lineas*), le partage avait lieu ensuite par tête dans chaque ligne. Ainsi, si nous supposons une succession à partager entre le grand-père paternel, la grand'mère et le grand-père maternels, chaque ligne obtiendra une moitié de l'hérédité ; les aïeuls maternels partageront ensuite la moitié dévolue à leur ligne et n'auront par suite qu'un quart chacun, tandis que l'aïeul paternel seul dans sa ligne conservera la moitié de la succession. Les frères et sœurs germains, grâce au privilège du double lien, concouraient avec les ascendants et dans ce cas il semble bien que le partage par ligne ne devait pas être appliqué : la nouvelle décidait en effet que, dans ce cas, le partage devait se faire de façon que chacun eût une part

égale « *dividenda inter eos hereditate secundum personarum numerum uti ascenditium fratrum singuli æqualem habeant portionem* » le texte semble bien indiquer un partage par parts viriles (1), mais malgré son apparente clarté, il donna lieu à des difficultés d'interprétation et s'il faut en croire Boutaric (2), les auteurs étaient très divisés sur cette question.

Si nous supposons que le défunt a laissé trois frères germains, un aïeul et une aïeule du côté paternel et un aïeul seul du côté maternel, comment le partage vait-il s'opérer et quelle part doit obtenir chacun des cohéritiers ? Dans une première opinion qui paraît conforme au texte et qui a pour elle l'autorité de Lebrun, il faudra « faire autant de portions qu'il y a de têtes et donner à chacun des ascendants du côté paternel autant qu'à l'aïeul maternel et qu'à chacun des frères » (3). D'autres soutiennent que chacun des frères doit avoir autant que chaque ligne des ascendants et qu'il ne faut faire que cinq portions, trois pour les frères, une pour l'aïeul maternel et une autre pour l'aïeul et l'aïeule du côté paternel. Enfin, certains pensent qu'en « divisant la succession en autant de portions qu'il y a de têtes, les trois portions des ascendants doivent être divisées

1. Les enfants d'un frère prédécédé venant à la succession par représentation ne comptant du reste que pour une tête.

2. Boutaric, *Les Institutes de Justinien conférées avec le Droit français*, p. 379.

3. Boutaric, *loc. cit.*

par souches de manière que l'aïeul maternel ait autant à lui seul que l'aïeul et l'aïeule du côté paternel ». Cette dernière interprétation était celle du Parlement de Toulouse qui l'avait adoptée dans un arrêt du xvi^e siècle qui fit jurisprudence : la succession était d'abord divisée en autant de portions qu'il y avait d'héritiers frères ou ascendants ; puis on réunissait les parts attribuées aux ascendants et on partageait le tout ainsi formé également entre les deux lignes, sans tenir compte du nombre des ascendants dans chaque ligne. Cette façon de rétablir après coup le partage par ligne, ne semble pas conforme au texte de la novelle et la plupart des auteurs avaient adopté la première opinion notamment Despeisse, Dupérier, Montvalon, Serres (1) ; et Bretonnier nous dit que le Parlement de Bordeaux décidait plus exactement que le partage devait avoir lieu par parts viriles.

Dans la ligne directe descendante la représentation était admise à l'infini ; elle était admise également et le partage avait lieu par souche lorsque tous les enfants du premier degré étant prédécédés la succession était dévolue aux petits-enfants qui n'auraient pas eu besoin de la représentation pour venir en rang utile. Nous exposerons *infra* la controverse célèbre qui s'éleva entre les anciens interprètes au sujet du mode de partage à employer quand des neveux et nièces venaient à une succession tous les frères ou sœurs

1. Cf. Jarriaud, p. 405.

étant précédés. Disons seulement que les deux opinions contraires étaient personnifiées par Azon et Accurse, le premier tenant pour le partage par tête, le second pour le partage par souche. Azon qui avait eu gain de cause pour la succession collatérale accentua son opinion et par un besoin naturel de logique soutint également qu'en ligne directe le partage devait avoir lieu par tête entre les petits-enfants ; son opinion se heurtait à des textes formels des *Institutes* ; « si ex duobus filiis nepotes neptesve exstant, ex altero unus forte ant duo ex altero tres ant quatuor, ad unum ant duos dimidia pars pertinet ad tres vel quatuor altera » (1), et encore au même titre on peut lire : « ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non in capita sed in stirpes dividi hereditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personnas » (2). Aussi son opinion fut-elle repoussée et on suivit celle d'Accurse favorable au partage par souches comme le rapporte Dumoulin sur l'article 9 du titre 12 de la *Coutume d'Auvergne* : « semper observata fuit opinio Accursii contra Azonem quod in stirpes » et comme l'indique un arrêt du 15 avril 1580 (3), qui fit jurisprudence.

Nous devons remarquer que, contrairement à la no-

1. *Instit.*, liv. III, t. I. § 6, *in fine*.

2. *Cod.*, tit. § 16.

3. Julien. *Commentaire sur les statuts de Provence*, n° 439.

velle qui appelait les enfants à la succession de leurs ascendants sans distinctions de sexe, les pays de droit écrit excluèrent les filles lorsqu'elles étaient en concours avec des enfants mâles et leur laissaient seulement dans ce cas leur légitime (1). C'est là à n'en pas douter un exemple d'influence coutumière et une concession faite aux règles de la féodalité.

La représentation fut aussi acceptée dans les pays de droit écrit en ligne collatérale ; mais admise en ligne directe sans difficulté, elle souleva en collatérale des controverses nombreuses dont quelques-unes sont restées célèbres. Si le *de cujus* est mort laissant comme héritiers des frères germains et des neveux issus d'un frère prédécédé, le partage aura lieu par souche et les neveux obtiendront la part qui serait revenue à leur père si celui-ci avait survécu. S'il y a, outre les frères et les neveux, des ascendants qui viennent à la succession, rien de changé à l'égard des neveux : ils reçoivent la part échue à la souche représentée par leur père prédécédé (2). Ces deux hypothèses étaient formellement prévues par le droit romain, la première par la novelle 118, la seconde par la novelle 127, aussi ne donnèrent-elles lieu à aucune discussion. Notons également que les pays du Midi, fidèles à la tradition romaine, n'étendirent pas la représen-

1. Julien, *loc. cit.*, t. I, n° 5.

2. V. plus haut les difficultés qui se sont élevées au sujet du mode de partage à employer dans ce cas.

tation en ligne collatérale au delà du premier degré : ce bénéfice resta exclusivement réservé aux neveux (1).

Mais si l'on suppose tous les frères prédécédés et leurs enfants en présence d'ascendants du *de cuius*, ceux-là vont-ils être admis au bénéfice de la représentation ou exclus par les ascendants ? Les nouvelles ne donnaient pas de solution précise, aussi les interprètes n'étaient-ils pas d'accord et plusieurs envisageant la représentation comme une exception, soutenaient qu'elle ne devait pas être étendue à des cas non prévus par la loi ; nous avons déjà critiqué cette solution. Elle fut cependant adoptée par les Parlements de Toulouse et de Bordeaux qui, dans notre hypothèse, appelaient les ascendants seuls à la succession. Le Parlement de Paris, au contraire, admettait que les neveux et nièces représentaient leur père et pouvaient concourir avec les ascendants du défunt (2).

La question se posa également de savoir si la représentation au profit des neveux et nièces était limitée au seul cas où elle leur était nécessaire pour monter à un degré plus proche et venir en rang utile ; on se demanda lorsque les neveux et nièces étaient égaux en degré et premiers en rang (tous les frères et sœurs étant prédécédés) s'ils devaient partager par souche ou bien par tête. C'est là la grande controverse traditionnelle qui domine

1. Arrêts du Parlement de Toulouse, sept. 1593 et 9 mars 1626. Louet, *Arrêts notables des Parlements*, t. II, p. 564.

2. Cf. Jarriand, *loc cit.*, p. 406.

l'histoire du droit de représentation et, comme le dit Guiné, « ce fut là une question fameuse entre Azon et Accurse » (1). Azon se prononçait pour le partage par tête : « Puto magis in capita ; secus succederint cum patruis suis » dit-il dans sa *Somme sur le Code* au titre de legitimis heredibus. Placentin avait également pris position dans sa *Somme sur le Code*, mais tenait pour le partage par souche « ego puto quod in stirpes veniunt ». Cependant ce ne fut pas lui mais Accurse qui fut considéré comme le champion du partage par souche et opposé à Azon, et ces deux noms personnifièrent les deux théories : Azon partage par tête, Accurse partage par souche, les jurisconsultes se rangeaient derrière ces deux chefs : Accurse soutenu par Faber, Dumoulin, Tiraqueau, Gui Pape, Ranchin, etc. Azon ayant pour lui Cujas, Maynard, Papon, Simon d'Olive, Ferrière, Despeisse, Serres, Morgues, Julien Montvalon.

Accurse enseignait que la représentation devait être admise au profit des enfants venant à la succession, alors que tous les héritiers du premier degré étaient prédécédés, et que le partage devait avoir lieu par souche. Son opinion prévalut comme nous l'avons vu pour la ligne directe. Mais pour la ligne collatérale, malgré l'immense autorité de la Grande Glose, malgré le crédit de Dumoulin qui la déclarait *justior et verior*, l'opinion d'Accurse fut rejetée et Azon triompha.

1. Guiné. *Traité de la Représentation et du double lien*, p. 169.

Celui-ci s'était déclaré partisan du partage par tête sans d'ailleurs motiver bien longuement son opinion : sa théorie reposait sur le texte de la loi II, § 2 « De suis et legitimis heredibus, XXXVII, 16 », « hereditas proximo adgnato, id est, ei quem nemo autecedit defertur : et si plures sint ejusdem gradus, omnibus in capita scilicet ; ut puta duos fratres habui vel duos patruos ; unus ex his unum filium, alius duos reliquit : hereditas mea in tres partes dividetur. » Ce texte et le paragraphe 4 des *Institutes de legit. aquat. succ.*, établissent qu'en ligne collatérale le partage a lieu par tête. Sans doute les nouvelles avaient apporté des dérogations à cette règle et établi dans certains cas le partage par souche, mais la règle subsistait et devait s'appliquer toutes les fois que les nouvelles n'y avaient pas formellement dérogé. Donc, si les neveux et nièces ne se trouvaient pas en concours soit avec leurs oncles ou tantes, soit avec des frères et des ascendants du défunt ; si, par suite du prédécès ou de la renonciation de tous les frères ils se trouvaient en égal degré et en rang utile, si en d'autres termes ils n'avaient pas besoin du secours de la représentation pour succéder on revenait au droit commun et le partage avait lieu par tête.

Cette opinion triompha complètement, et si la controverse se prolongea entre les auteurs, la pratique se fixa nettement en faveur du partage par tête (1). Dès le

1. Cf. Jarriand, p. 407.

xvi^e siècle la jurisprudence des Parlements (1) avait définitivement adopté l'opinion d'Azon, « le Parlement de Paris après de longues controverses, le Parlement de Toulouse après quelques préjugés contraires et aussi le Parlement de Bordeaux ». On ne pouvait citer en sens contraire qu'un très ancien arrêt de Grenoble 1457, qui resta du reste isolé : Le Parlement de Turin, le Sénat de Chambéry s'étaient d'après Despeisse également rangés à cette opinion ; elle avait également prévalu en Allemagne et avait été officiellement consacrée par la Diète de Spire en 1529. Ainsi la controverse était depuis longtemps tranchée « par la plus commune opinion des interprètes et les préjugés des cours souveraines en faveur le l'égalité » (2).

Que dire de cette solution ? Nous avons vu qu'on avait admis en ligne directe le partage par souche, en ligne collatérale le partage par tête ; on comprend mal la différence ainsi établie entre les deux lignes, et il n'est pas étonnant que Azon et Accurse, les protagonistes des deux théories contraires, aient chacun de leur côté essayé de faire prévaloir une solution unique pour les deux cas. Cependant, ce résultat étrange s'explique si on remarque que, pour certains auteurs plus récents, la représentation ne paraît pas avoir le même but en

1. Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit*. — Papon. *Recueil d'arrêts notables des Cours souveraines*.

2. Henrys, *Œuvres*, édit. 1738, publiées par Bretonnier, liv. V, chap. IV, 954.

ligne directe et en ligne collatérale : pour Pothier (1) par exemple, la représentation en ligne directe est « principalement établie pour conserver l'égalité entre les différentes lignes de la descendance et postérité du défunt », aussi a-t-elle lieu dans tous les cas et le partage est-il toujours fait par souche. « Au contraire, la représentation en collatérale n'étant établie qu'en faveur des seuls neveux, il est évident qu'elle n'est pas établie en faveur des lignes et pour conserver l'égalité entre les différentes lignes collatérales » ; et alors la représentation n'est admise en leur faveur que lorsqu'elle leur est nécessaire pour arriver à la succession, et s'il n'y a pas, lors du décès, un frère qui pourrait exclure les neveux, s'ils sont tous en égal degré, ils partageront par tête.

Cette distinction entre les deux lignes au point de vue du but assigné à la représentation ne nous paraît pas très justifiée. La représentation nous semble découler d'un principe unique aussi bien en directe qu'en collatérale ; elle est basée sur l'idée d'un devoir égal du défunt envers les diverses souches ou, si l'on veut, sur l'affection du défunt présumée d'après ses devoirs de famille. Aussi la solution adoptée par l'ancien droit pour les neveux et nièces, apparaît comme très critiquable et c'était méconnaître très gravement l'esprit de la représentation que de soutenir que son but principal était d'éviter l'exclusion de certains successibles ; le but

1. Pothier. *Œuvres annotées par Bugnet*, t. VIII, p. 87.

essentiel de la représentation est d'assurer aux différentes souches la part à laquelle elles ont droit, abstraction faite du nombre et du degré de leurs membres. Cette idée ne s'imposa pas à nos anciens auteurs, nous verrons qu'elle échappa également aux rédacteurs de notre Code civil.

Donc, hors le cas de concours avec un oncle ou une tante, les neveux et nièces succédaient par têtes ; cependant il y avait deux cas, que Boutaric qualifie de singuliers, dans lesquels les enfants des frères succèdent *in stirpes non in capita*. D'abord le partage avait lieu par souche quand les neveux et nièces se trouvaient en présence d'un oncle du *de cujus*. A vrai dire le passage de la novelle 148, chapitre III, (*Quando qui dem igitur fratris*) paraissait bien exiger la présence d'un frère ou d'une sœur du défunt, c'était alors l'hypothèse normale, les neveux montaient du troisième degré au second pour venir concourir avec leurs oncles et l'exclusion de l'oncle du défunt (qui restait au 3^e degré) apparaissait comme naturelle. Mais quand les enfants des frères se trouvaient seulement en présence d'un oncle du *de cujus* qui était comme eux au troisième degré on avait soutenu que le partage devait s'opérer par tête : en ligne collatérale la représentation ne fonctionne pas à égalité de degré, disait-on, en conséquence il n'existe aucune raison de préférer les neveux à l'oncle du défunt. Cependant cette solution ne fut pas adoptée et « l'usage et les arrêts ont interprété le texte de la novelle de manière que les ne-

veux sans le concours de leurs oncles excluait les oncles du défunt » (1). Cette exclusion ne pouvait s'expliquer que par la représentation qui faisait monter les neveux au second degré ; dès lors le partage ne pouvait avoir lieu que par souche car nous savons que ce mode de partage est toujours employé dans les hypothèses où la représentation est admise,

Le privilège du double lien permettait aux frères germains de succéder à l'exclusion des frères simplement consanguins ou utérins ; au cas de prédécès des frères germains leurs enfants bénéficiaient du même avantage et primaient les frères utérins ou consanguins la succession était donc déférée uniquement à des neveux, cependant ici encore le partage s'opérait non pas par tête mais par souche (2) car on se trouvait également ici dans un cas de représentation, l'exclusion du frère consanguin ne se justifiait en effet que si l'on admettait les neveux au degré de leur frère. Cela est tellement vrai, que si le frère consanguin était prédécédé, ses enfants ne seraient pas exclus par ceux d'un frère germain, de la succession de leur oncle ; le double lien ne conférerait à ceux-ci aucun avantage sur ceux-là, ils seraient tous appelés et le partage aurait lieu par tête (3), car il n'y a pas ici de représentation et les neveux succèdent de leur chef.

1. Boutaric, *loc. cit.*, p. 382.

2. Boutaric. *Institut. de Justinien*, p. 383.

3. Boutaric, *eod. loco*, p. 380. Les arrêts et les auteurs cités.

Nous devons en dernier lieu nous demander si, lorsqu'un successible venant en rang utile, survivait au *de cuius*, mais pour une raison quelconque, était écarté de la succession, ses enfants pouvaient prendre sa place et succéder par représentation ? La règle que l'on ne représente par les personnes vivantes était très solidement établie dans les pays de droit écrit, la représentation n'était possible que quand les héritiers du degré précédent étaient morts naturellement ou civilement. Était-ce là la vraie tradition romaine : on l'a soutenu (1) et il faut reconnaître que les textes relatifs à la représentation supposent tous le prédécès du représenté (2), mais ce n'est pas là semble-t-il un argument décisif ; les nouvelles ont prévu le cas le plus fréquent ; quand il sera question de représentation, c'est qu'il y aura le plus souvent prédécès des héritiers plus proches, mais il n'est pas permis d'en déduire d'une façon certaine que la représentation ne sera pas possible lorsque l'héritier le plus proche aura survécu au défunt, mais ne viendra pas à la succession par suite de sa renonciation par exemple. Ce résultat semble en effet en opposition complète avec le souci d'équité manifesté dans la nouvelle. Cependant la théorie que nous croyons plus exacte n'est pas non plus absolument certaine par suite de la rédaction

1. Bauchet, p. 36. — Dufrêne, p. 110.

2. Si quem descendendum filios relinquentem *mori* contigerit... et encore si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis *præmortuorum* filii... si forte *præmortuus* frater cuius filii vivunt. Nov. 118, ch. I et ch. III.

des textes relatifs à notre institution, aussi nous paraît-il très juste de dire que « cette absence de traditions nettes en droit romain sur la nature du droit de représentation est évidemment cause du système bâtard de notre droit moderne sur ce point, où tantôt l'on tient compte des droits et de la vocation personnelle du représentant, tantôt des qualités du représenté » (1). Notre droit français moderne a accepté sur ce point les solutions déjà acquises en droit écrit et le Code civil article 744 dispose : « On ne représente pas les personnes vivantes. » En étudiant la représentation dans le Code, nous critiquons cette disposition et nous indiquerons les résultats iniques auxquels elle conduit ; notons seulement dès à présent qu'elle est tout à fait contraire à la théorie du partage par souche, puisqu'elle va faire varier les droits d'une souche avec la capacité d'un seul de ses membres et subordonner sa vocation à la volonté de l'héritier le plus proche.

On s'était aussi demandé quel devait être l'effet de l'exhérédation par rapport aux enfants de l'exhéréhé ; devait-elle, comme la mort naturelle ou civile, faire la place libre et rendre la représentation possible ? On pouvait décider, que l'exhérédation privait les enfants de tout droit dans la succession, ou bien, qu'elle laissait intacts leurs droits et leur vocation personnelle sans leur permettre d'exercer les droits de leur auteur, ou

1. Jarriand, p. 41, en note.

bien enfin, que sans effet sur eux, elle les laissait monter au rang de l'exhérédé et venir à sa place par représentation. C'est cette dernière solution qui eût été la meilleure, car l'exhérédation étant une peine ne doit frapper que celui qui l'a méritée, et la plus conforme à la théorie du partage par souches, car la faute de l'un des membres ne doit pas porter atteinte aux droits collectifs de la souche. Nos anciens auteurs distinguaient deux cas : l'exhérédé avait survécu au *de cuius* ; il était mort avant que sa succession s'ouvre. Dans le premier cas la représentation n'était pas admise car on ne représente par les personnes vivantes. Mais si l'exhérédé était prédécédé, ses enfants étaient admis au bénéfice de la représentation (1) sauf cependant quand l'exhérédation avait eu pour cause un mariage contracté contre la volonté des parents (2), et cette solution paraît logique puisque le père avait ainsi manifesté par son opposition son désir d'exclure les enfants nés d'un mariage qui lui déplaisait. D'ailleurs, dans notre hypothèse, on refusait aux enfants non seulement le bénéfice de la représentation, mais encore tout droit à la succession de l'aïeul, ils ne pouvaient réclamer que des aliments,

1. Boutaric, p. 373.

2. Cette cause d'exhérédation introduite par l'ordonnance de février 1566 avait été maintenue par l'ordonnance de 1639.

SECTION II

Pays de droit coutumier

Nous avons vu par le rapide 'coup d'œil jeté sur les lois barbares et par le chapitre que nous avons consacré au droit romain, qu'il ne pouvait guère y avoir de doute sur l'origine de notre institution. D'une part, en effet, nous ne voyons dans les « lois des tribus » que des traces de représentation et de plus on ne peut affirmer qu'il n'y ait là la marque d'une influence romaine. Le droit des nouvelles, d'autre part nous révèle très nettement les éléments essentiels de la représentation ; c'est donc certainement dans le droit romain que nos jurisconsultes ont puisé l'idée première de la représentation. Et s'il en est ainsi, la différence qui existe entre les pays de coutume et les pays de droit écrit va s'expliquer sans difficulté : dans le Midi le droit romain, puissant toujours, ne tarde pas à devenir prédominant, aussi la représentation ne rencontre-t-elle pas d'obstacles, elle est facilement admise et librement pratiquée. Dans les pays de coutume, au contraire, la représentation va se heurter à une sorte d'hostilité, elle est contraire aux principes adoptés et en gêne l'application : c'est que le droit coutumier s'est formé en dehors du droit romain et suivant des idées directrices différentes ; la représentation n'y a pas de place, et c'est pour ainsi

dire de vive force qu'elle va y pénétrer. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de montrer qu'elle sera admise en droit coutumier au moment où l'influence romaine se fera sentir vivement, bien que de manière indirecte ; au moment de la rédaction des coutumes confiée à des juristes ou à des magistrats qui ont tous étudié avec passion le *jus civile* et qui sont des admirateurs fervents de la savante législation romaine.

Le droit romain exerce donc une influence très faible sur la législation des pays coutumiers et c'est là, semble-t-il, une des raisons pour lesquelles la représentation y est si difficilement admise. Ce n'est pas la seule : nous allons indiquer les principales causes de ce mauvais accueil réservé à notre institution. Signalons en premier lieu une condition défavorable : l'idée simple de l'unité du patrimoine, acceptée par les pays de droit écrit, avait été repoussée par les pays de coutume. Ceux-ci prenaient en considération des éléments multiples pour régler la dévolution des successions. On distinguait notamment les biens en meubles et immeubles attribués séparément à des héritiers déterminés suivant des règles qui différaient pour les deux classes de biens. Les immeubles étaient eux-mêmes divisés en propres et acquêts, ceux-ci suivant généralement le sort des meubles, ceux-là dévolus suivant des règles particulières. On établissait enfin une différence entre les biens roturiers et les biens nobles, la succession aux fiefs était réglée d'une manière spéciale. De plus la variété

des coutumes était très grande, les unes s'attachant à la nature des biens, les autres à la qualité des personnes pour répartir les successions entre les héritiers. On voit par cet aperçu très général du droit coutumier que c'était là un terrain peu favorable à la représentation.

Le droit coutumier était dominé par l'idée de conservation des biens dans les familles, on ne cherche pas à opérer le partage des successions conformément aux affections présumées du défunt ou de manière à établir l'égalité entre les diverses souches, on veut surtout éviter que les biens qui viennent d'une famille passent à une autre, Et c'est encore là une idée contraire à la représentation. Cette sorte de prééminence de la famille sur l'individu ce droit supérieur qu'on lui attribue sur les biens, est un reste de la pratique germaine de la copropriété familiale (1) ; il se maintient après la disparition de celle-ci parce qu'il se trouve en harmonie avec le système de la féodalité, puis avec les principes de la monarchie absolue ; il ne disparaîtra jamais complètement de notre ancien droit, il ira seulement en s'atténuant pour disparaître complètement avec la Révolution.

Après la disparition des derniers Carlovingiens, l'autorité échappe aux rois pour se répartir entre les grands

1. Cf. De Laveleye. *La propriété et ses formes primitives*, 4^e édit., Paris, 1891. — Summer-Maine. *Etude sur l'ancien droit et la coutume primitive*. Trad. franç., 1884.

barons féodaux ; c'est une époque de dissensions et de guerres continuelles, les grands feudataires sans cesse en lutte avec leurs pairs ou même avec le roi ont avant tout besoin d'être toujours prêts à combattre. Ils concèdent à titre de fiefs leurs terres à des vassaux et leur demandent en échange certains services dont le plus important est sans aucun doute le service de guerre. A la mort du vassal le fief se transmet sans division, grâce au privilège d'aînesse et le privilège de masculinité le réserve aux hommes, seuls capables de porter les armes. Comment concevoir dans un pareil système, dominé par les préoccupations militaires, l'admission de la représentation qui a souvent pour effet de favoriser le faible au détriment du fort ? Comme on l'a très bien dit « la représentation était contraire aux intérêts de la féodalité, car elle profitait le plus souvent à des enfants en bas-âge et le seigneur avait intérêt à avoir des vassaux en état de combattre » (1).

Lorsque la royauté a assuré son autorité en abattant successivement les grandes familles féodales qui pouvaient lui porter ombrage, la représentation apparaît encore comme contraire aux intérêts de la monarchie absolue. En effet, la représentation non seulement favorise les plus jeunes, mais encore conduit à l'émiettement des fortunes en appelant à la succession un plus grand nombre d'héritiers. Or, tout le monde admettait avec

1. Buche. *Essai sur l'ancienne Coutume de Paris*, p. 121.

Ferrière que « la conservation des biens dans les familles contribuait beaucoup à la conservation du royaume » (1). Et il apparaissait surtout essentiel de maintenir la richesse dans les familles nobles et de laisser à l'héritier du nom, les moyens de le porter avec éclat. « La noblesse est un des principaux soutiens de l'Etat; elle emploie ses biens à le servir, des partages inégaux et réitérés la faisant tomber dans l'indigence la mettraient hors d'état de s'acquitter de ses devoirs » (2).

Nous voyons donc que les considérations politiques jouent un grand rôle dans l'organisation de la succession *ab intestat*. Des familles puissantes et riches constituent la meilleure garantie et le soutien le plus sûr d'un Etat fort; la forte organisation de la famille germanique s'est longtemps maintenue, et c'est l'idée de la famille qui reste la première dans les préoccupations du législateur. Nous avons de même remarqué, en étudiant le droit romain, qu'on avait surtout voulu organiser la famille pour la faire servir à la force de l'Etat. Il y a donc dans les deux législations un même souci de constituer fortement la famille, d'assurer sa solidité et sa stabilité, et on sent dans les lois successorales de ces deux époques la même subordination des intérêts privés à l'intérêt supérieur de l'Etat: il nous paraît curieux de remarquer que, partis d'un principe unique, les deux

1. Ferrière. *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Coutume de Paris*, t. III, art. 272, glose I, § 6.

2. Bourjon. *Droit commun de la France*, Paris, 1770, t. I, p. 820.

droits arrivent au point de vue de la représentation à des résultats absolument opposés, puisqu'elle est admise à Rome et repoussée dans le droit coutumier au moins dans son premier état.

Enfin, certains commentateurs (1) soutenaient que la représentation était contraire à la règle bien connue de notre ancien droit « la mort saisit le vif son hoir le plus proche habile à lui succéder ». Cette règle admise, il était, disait-on (2), naturel d'appeler à la succession de l'aïeul de préférence aux petits-enfants les oncles ou tantes qui étaient plus proches parents qu'eux. C'est attribuer, semble-t-il, à notre règle un sens exagéré, elle ne prétend pas trancher une question de propriété ou établir la vocation héréditaire d'une certaine classe de parents. De tout temps, les parents d'une personne décédée avaient le droit de prendre possession de ses biens sans avoir à remplir aucune formalité et le droit venait à leur secours en leur donnant dans ce but et immédiatement l'action possessoire : c'est cette situation qui était exprimée par la maxime « le mort saisit le vif ». Elle signifiait donc que l'héritier du défunt devait être mis en possession de ses biens à l'exclusion de tout détenteur. Plus tard, vers le xvi^e siècle, on se servit de ce brocard pour lutter contre les prétentions fiscales des seigneurs (3). Cette règle est donc complètement

1. Boutaric, *Inst. de Justinien*, l. III, t. I, p. 372.

2. Cf. Dufrène, *loc. cit.*, p. 117.

3. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, p. 576, n. 1931.

étrangère à notre matière et n'a exercé aucune influence sur l'admission de la représentation dans nos coutumes (1).

Cependant, malgré toutes les conditions défavorables que nous avons indiquées, malgré tous les obstacles auxquels elle s'est heurtée, la représentation apparaît d'une façon certaine au xvi^e siècle dans notre droit coutumier. Presque toutes les coutumes la mentionnent et l'acceptent avec des restrictions plus ou moins considérables ; mais est-elle connue et pratiquée avant la première rédaction des coutumes, en d'autres termes à quelle époque la représentation s'introduit-elle dans notre ancien droit ? Tel est le problème que nous allons essayer de résoudre.

Les plus anciennes traditions de notre vieux droit français semblent avoir été réfractaires à toute idée de représentation comme en témoigne cette phrase des *Institutes coutumières* (2) « jadis représentation n'avait point lieu... » Nous pouvons noter également ce que disait Jean des Mares (3) au xiv^e siècle : « Représentation n'a point lieu en succession de ligne collatérale ou directe ». Il semble même, comme nous le verrons par quelques exemples, que l'on n'ait pas une notion très

1. V. dans ce sens Bauchet, p. 52-53 qui rapporte du reste sur la signification de la règle l'opinion inexacte d'Eusèbe de Laurière, (sous le n^o 317 des *Institut. coutumières* de Loysel).

2. *Successions*, règle 5.

3. *Décisions*, 238.

nette de la représentation car on l'invoque dans des hypothèses qui lui sont complètement étrangères. C'est ainsi que, sous Louis le Gros, dans la première moitié du XII^e siècle, la mort du comte de Bourbon-Archambault donna lieu à de sérieuses difficultés ; il laissait un fils et un frère Hamon ; celui-ci chercha à profiter de la jeunesse de son neveu pour s'emparer du Bourbonnais. A l'appui de sa prétention il invoquait le défaut d'application de la représentation. Mais la mère et les amis de son compétiteur lui opposèrent que la représentation était une institution passée en force de loi, et qu'elle permettait au fils d'exercer tous les droits du père prédécédé. Le différend ayant été porté devant Louis le Gros, le roi donna raison aux partisans de la représentation (1). Il n'y a dans cette espèce rien qui rappelle la représentation telle qu'elle est organisée dans notre droit actuel ; peut-être faut-il y voir seulement une trace du droit suivi en certains pays, notamment en Irlande (2), et d'après lequel les fils sont exclus de la succession de leur propre père par leurs oncles, frères de celui-ci. Ce système qui donnait la préférence aux oncles parce qu'ils paraissaient plus aptes par leur âge et par leur situation à remplir le rôle de chef de famille, s'est d'ailleurs parfois appliqué dans la succession au trône sous les Mérovingiens (3).

1. *Trésor du droit français*, t. III, p. 227.

2. V. Brissaud, *Manuel d'Hist. de dr. français*, t. II, p. 1138.

3. V. Viollet. *Instit. polit.*, t. I, p. 246.

Le mot représentation est encore employé au ^{xiii}^e siècle par Beaumanoir dans son *Commentaire des Coutumes* du Beauvoisis ; il dit par exemple que « l'oir qui vient en descendant représente tos jors le persone du père et de la mère du droit qui pooit venir au père et à la mère en descendant » (1). Faut-il en conclure que la représentation était dès cette époque admise et régulièrement pratiquée dans cette coutume ? Nous ne le pensons pas car s'il en eût été ainsi Beaumanoir ne se serait pas contenté de faire allusion à une institution aussi importante que la représentation et il aurait très certainement mis en lumière soigneusement le caractère original de la coutume sur ce point. Il nous dit du reste plus loin sous le numéro 27 « par notre coutume tout ce qui vient en partie soit descendant soit d'esquérance li plus prochain l'emporte du costé dont l'esquérance vient ». Et supposant un *de cujus* qui laisse à sa mort un fils et un petit-fils issu d'un enfant prédécédé il semble bien décider que le petit-fils sera exclu par son oncle car celui-ci demeure « el point que li père au niès estait » ; c'est-à-dire repousser la représentation. Dans Beaumanoir comme dans l'exemple précité le mot représentation est pris dans un sens large et général, il ne s'est pas encore individualisé, s'il n'a pas encore la signification précise, technique qu'on

1. Ch. XIV des Héritages n° 10, *in fine*.

lui donnera dans les premières rédactions des coutumes (1).

Néanmoins, la représentation n'était pas totalement inconnue « parce que ce droit ayant été introduit dans le royaume par une ordonnance expresse (pour la ligne directe) il n'est pas probable qu'elle fût restée entièrement sans exécution (2). On peut en effet citer des cas où elle fut invoquée et contestée sans qu'il soit d'ailleurs possible de déduire de l'ensemble des décisions contradictoires qu'elle motiva un argument en faveur de son admission. Glauville nous apprend par exemple que de son temps la question était controversée » *cum quis autem moriatur habens filium post natum et ex primogenito filio præmortuo nepotem, magna quidem juris dubitatio solet esse uter illorum præferendus sit alii in illa successione, scilicet utrum filius an nepos* ». C'est là une hypothèse de représentation au droit d'ainesse et nous aurons l'occasion d'indiquer les difficultés qu'elle souleva. Les jurisconsultes étaient partagés, nous dit Glauville, les uns soutenant que l'oncle plus proche devait exclure le neveu, les autres pensant que le petit-fils devait être considéré comme ayant pris dans la succession de l'aïeul la place qu'y

1. Guiné. *De la Représentation*, p. 10.

2. M. Fliniaux soutient même que le mot représentation n'a pas son sens romain dans les premières rédactions de certaines coutumes (Maine Anjou) et qu'il indique seulement un mode de dévolution analogue au système allemand des parentèles, p. 91. *Le Système des Parentèles*, Paris, 1906.

occupait son père et exclure l'oncle de même que son père l'aurait écarté s'il n'était pas prématurément décédé.

La même hypothèse prévue dans deux chapitres différents par les *Etablissements de Normandie* (1), y est tranchée de façon contradictoire, une fois en faveur du petit-fils, une autre fois contre lui. On pourrait ainsi multiplier les exemples (2) où l'on verrait la représentation tour à tour admise ou repoussée ; citer des cas absolument en dehors des limites de notre institution et dans lesquels on invoque cependant le bénéfice de la représentation. Nous croyons avoir suffisamment démontré que si elle était connue, la représentation n'était du moins pas pratiquée d'une façon normale et régulière. La situation des personnes intéressées était prise en considération bien plus que le fait de satisfaire à des conditions d'ailleurs assez imprécises. Enfin, nous trouvons un argument nouveau et très fort pour notre thèse dans l'existence du rappel « institution née de la défiance que l'on avait de l'application de la représentation » qui se maintint plus tard dans les coutumes, qui restèrent réfractaires à la représentation. En effet, l'insertion dans

1. Marnier. *Etablissements de Normandie*, ch. XIII de la partie aux neveux, ch. XXIV de la partie aux frères.

2. V. Hume. *Hist. d'Angleterre*, liv. III, ch. II, p. 174. — Boutaric. *Arrêts du Parl.*, t. I, p. 388, n° 357 et p. 103, n° 11. — Delisle. *Recueil des jugem. de l'Echiquier*, p. 92, n° 361. — Dufréne, *loc. cit.*, p. 116 à 127. — Bauchet, *loc. cit.*, p. 53 à 64.

les contrats de mariage d'une clause de rappel ainsi conçue : « Là où les futurs mariés iraient de vie à trépas auparavant leurs père et mère, les enfants qui naîtraient d'eux succéderaient à leurs aïeuls et aïeules avec leur oncle nonobstant toute coutume contraire « était la négation même de la représentation légale en même temps qu'un moyen d'y suppléer » (1). L'existence du rappel montre en outre combien est juste le principe de la représentation, puisque la pratique éprouva le besoin de créer une institution capable de la remplacer ou d'en étendre l'application dans les coutumes qui l'avaient rejetée ou admise seulement dans des limites restreintes.

Le rappel est, nous dit Pothier, « un acte par lequel une personne supplée à la loi qui n'a point ordonné la représentation, en ordonnant qu'en cas de prédécès de quelqu'un de ses héritiers présomptifs les enfants de cet héritier présomptif prédécédé le représentent » (2). On distinguait deux sortes de rappel : le rappel fait *intra terminos juris* et le rappel fait *extra terminos juris*.

Le rappel *intra terminos juris* est celui qui est conforme aux termes de la nouvelle 118 c'est par exemple celui qu'une personne fait à sa succession de ses petits enfants, dans les coutumes qui n'admettent pas la représentation en ligne directe ou celui qu'une personne fait

1. Dufrêne, *loc. cit.*, p. 129.

2. Pothier, *Œuvres* annotées par Bugnet, VIII. « Des successions », p. 90.

de ses neveux dans les coutumes qui n'admettent pas la représentation en collatérale. Sa qualification lui vient suivant Pothier de ce qu'il est conforme au droit le plus universellement reçu ; il nous semble plus exact de dire qu'il est ainsi nommé parce qu'il reste dans les limites prévues par le droit des nouvelles. C'est d'ailleurs, l'explication que donne Pothier de la dénomination de rappel *extra terminos juris* : c'est le rappel qui fait venir à la succession des personnes qui ne sont pas appelées par le droit civil à succéder par représentation, par exemple des petits neveux des cousins.

Le rappel est un acte de dernière volonté il est par suite toujours révocable jusqu'à la mort du disposant, peu importe du reste, à ce point de vue, qu'il soit fait *intra ou extra terminos juris*. Cependant, si la clause de rappel est insérée comme c'était fréquent dans un contrat de mariage, elle est alors traitée comme les autres clauses et participe de l'irrévocabilité du contrat de mariage. En second lieu, le rappel est révocable « hors la présence et sans le consentement de la personne rappelée » et l'on peut invoquer sur ce point l'autorité de Dumoulin qui avait exprimé cette idée dans une note sur la coutume de Blois ainsi conçue : « *ista declaratio fieri potest etiam sine præsentia scientia et acceptatione ejus qui ad hæreditatis partem capiendam vocatur, estque semper ambulatoria usque ad mortem declarantis* ». Sauf dans les coutumes qui l'exigeaient formellement le disposant n'avait pas besoin pour faire

un rappel du consentement des héritiers présomptifs. Et même dans ces coutumes, comme celle de Montargis par exemple, l'héritier présomptif majeur après avoir donné son consentement pour le rappel ne peut plus le rétracter « qui semel consenserunt non possunt amplius pœnitere nisi eum de cujus successione agitur poeniteat » (1).

Là s'arrête l'analogie entre les deux espèces de rappel : ils diffèrent au point de vue de la forme dans laquelle ils peuvent être faits et au point de vue des effets qu'ils produisent. Le rappel *intra terminos juris* pouvait être fait par testament, donation entre vifs, contrat de mariage, par un acte quelconque, pourvu seulement qu'il soit écrit : « *Ista est simplex declaratio* », disait Dumoulin « *quæ fieri potest coram duobus testibus vel alias dummodo constet.* » Pour le rappel *extra terminos juris*, les auteurs se divisaient et si Guiné (2) soutenait qu'il pouvait être contenu également dans un acte quelconque, Pothier pense avec Ricard (3) que l'on ne pouvait insérer la clause de rappel *extra terminos juris* que dans les testaments.

Le rappel *intra terminos juris* fait des rappelés de véritables héritiers pour la portion à laquelle leur père ou mère qu'ils représentent aurait pu prétendre : ils viennent donc avec un titre égal à celui des autres héri-

1. Pothier, *loc. cit.*, p. 91.

2. Guiné. *Traité de la Représentation*, règle 10.

3. Ricard. *Traité de la Représentation*, chap. V, n° 32 et suiv.

tiers ; ils sont saisis de leur part héréditaire, dès le jour du décès et, par suite, n'ont pas à en demander la délivrance ; leur titre d'héritier leur donne droit aux légittimes coutumières dans les propres avec les autres héritiers, qui ne peuvent pas retenir ces réserves coutumières, en abandonnant aux rappelés les biens disponibles (1). Le rappel *extra terminos juris* ne vaut au contraire, que *per modum legati* : les rappelés ne sont donc que des légataires et comme tels ils n'ont pas la saisine et doivent demander à l'héritier la délivrance de leur part ; celui-ci peut alors retenir les réserves coutumières en leur abandonnant leurs biens disponibles.

On peut rappeler à sa succession non seulement tous les enfants d'un frère prédécédé, mais encore un seul de ces enfants. Mais quelle portion faudra-t-il attribuer dans le partage à cet unique rappelé ? Aura-t-il la part qui serait revenue à son père si celui-ci avait survécu, c'est-à-dire la part entière attribuée à la souche à laquelle il appartient ; ou bien lui donnera-t-on la part qui lui aurait été acquise par le jeu normal de la représentation, c'est-à-dire le tiers ou le quart de la part de son père selon qu'il a deux ou trois frères. La question était controversée. Guiné tenait pour la première opinion : « Le rappel peut être fait en faveur d'un seul des présomptifs héritiers d'une ligne, sans que les autres présomptifs héritiers de la même ligne y participent, et

1. Cf. Pothier, *loc. cit.*, p. 92.

celui qui est appelé, prend la part entière qui appartient à toute la ligne » (1). Notre auteur se contente, du reste, d'exprimer son avis sans le motiver. Pothier, au contraire, qui soutenait la thèse opposée, explique très clairement pourquoi il a adopté son opinion : « Le rappel, dit-il, a l'effet de suppléer au défaut de la loi, qui n'a pas admis la représentation, elle ne doit donc accorder au rappelé que ce que lui aurait accordé la loi de représentation si la coutume l'eût admise ; or, ce neveu ayant des frères, la représentation ne lui aurait pas accordé le total de la fortune qu'aurait eue son père, mais seulement une portion virile dans cette portion ; *puta*, s'ils sont quatre enfants, il aurait eu le quart de cette portion ; les frères survivants doivent profiter du surplus, de même qu'ils auraient profité du total de la portion du prédécédé si aucun des enfants du prédécédé n'eût été rappelé ; de même ils doivent profiter des trois quarts de cette portion lorsque trois des quatre enfants de ce prédécédé n'ont point été rappelés » (2). La question ne peut se poser que si le disposant s'est borné à rappeler son neveu sans préciser la part qui devait lui être attribuée ; il peut sans aucun doute marquer son intention de faire donner au rappelé la part entière de son père et la controverse ne peut naître alors que sur la qualification du rappel ; Pothier pense (3)

1. Guiné. *De la Représentation*, règle 10, p. 210.

2. Pothier, *loc. cit.*, p. 92.

3. Pothier, *loc. cit.*, p. 92.

qu'il doit être considéré comme fait *extra terminos juris* parce qu'il a pour effet de donner à ce neveu plus qu'il n'aurait eu par la représentation si la coutume l'avait admise. Le rappel ne devenant délimitatif qu'à la mort du disposant, celui-ci, peut par la suite, appeler les autres héritiers présomptifs et les faire participer au rappel (1).

On peut même rappeler une fille, quoique par son contrat de mariage elle eût renoncé moyennant sa dot aux successions futures parce que dans ces sortes de renonciations : « semper inest tacita conditio, si pater in eadem voluntate permansesit, quæ conditio ambulatoria est usque ad extremum vitæ spiritum » (2). Ceci n'est du reste possible que dans les coutumes qui ne contiennent pas de dispositions expresses relativement à la renonciation des filles.

Signalons encore un effet intéressant du rappel : il produit le même résultat que la représentation, même fait par testament ; de sorte que les neveux rappelés ont leur portion entière dans les propres encore que l'oncle testateur ne leur en pût donner par testament que la cinquième partie comme l'indique un arrêt du 30 août 1614 rapporté dans Ricard (3). Cependant lorsque le rappel est fait *extra terminos juris*, par exemple lorsqu'il s'adresse à des petits-neveux, tous les

1. Guiné, *loc. cit.*, p. 210.

2. Louët, lettre R, n° 9.

3. Ricard. *De la Représentation*, chap. 2, n° 31.

auteurs conviennent qu'il n'acquiert au neveu rappelé que jusqu'à concurrence de ce que le défunt aurait pu lui léguer par testament (1).

Le rappel doit-il être maintenu lorsqu'il n'est plus utile au rappelé pour venir à la succession ? Si par exemple une personne qui avait un frère et un neveu fils d'un frère prédécédé a rappelé ce neveu et que son frère vienne ensuite à mourir, le neveu pourra-t-il encore bénéficier du rappel et obtenir la part entière qui était due à son père prédécédé ? En d'autres termes le partage aura-t-il lieu entre le rappelé et ses cousins (fils du frère décédé depuis le rappel) par tête ou par souche ? Pothier pense que la succession doit être partagée par tête et que le rappelé doit venir à la succession de son chef comme si le rappel n'avait pas été fait en sa faveur. « La raison en est, dit-il, que le rappel n'est fait que pour suppléer la représentation que la coutume n'a pas admise. D'où il suit que le neveu, fils du frère prédécédé, n'ayant plus besoin de représentation, par le décès arrivé du frère qui restait, il ne doit y plus avoir lieu au rappel (2). » Il reconnaît cependant que la question peut être discutée et que le rappelé a peut-être le droit d'exiger le partage par souche surtout dans le cas où le frère aurait consenti au rappel,

Nous pouvons donc affirmer que la représentation

1. Guiné, *ibid.*, p. 212.

2. Pothier, *ibid.*, p. 92.

n'était pas pratiquée régulièrement dans notre droit coutumier avant la rédaction officielle des coutumes, mais à ce moment elle apparaît nettement, car toutes les coutumes la mentionnent soit pour la repousser, soit pour l'admettre d'une manière plus ou moins large. Dès le ^{xv}^e siècle, nous trouvons dans les *Coutumes du Maine et de l'Anjou*, un article ainsi conçu : « Et ad ce qu'on puisse mieulx desclairer les dictes successions la coutume des dits pays est telle que représentation a lieu tout comme l'on peut nommer, trouver et montrer le lignaige » (1). Cependant, tout le monde n'admet pas qu'il soit question, dans ce texte, de la représentation telle que nous l'entendons aujourd'hui, de la représentation au sens romain. M. Fliniaux (2) notamment le nie et soutient que celle-ci ne fut pas connue avant le ^{xvi}^e siècle dans les pays de coutume. « Ce texte veut dire que, dans chaque ligne ou parentèle, à défaut de collatéraux du premier degré, ceux du second, à défaut de ceux-ci, ceux du troisième et ainsi de suite sont appelés à la succession par préférence aux collatéraux de l'autre parentèle, même d'un degré plus rapproché. » Mais il n'y a plus de doute possible pour les rédactions du ^{xvi}^e siècle ; la Coutume d'Orléans dispose par exemple dans son édition de 1509, article 244 : « En ligne directe représen-

1. Beaupré. *Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine*, t. II, p. 165, t. III, p. 326.

2. Fliniaux. *Le système de parentèles c. mode de dévolution de la succession ab intestat*. Paris, 1906, p. 92.

tation aura lieu, soit qu'elle soit accordée ou non par les père et mère », et on a tiré des mots « aura lieu » un argument devenu traditionnel pour soutenir que la représentation n'était pas pratiquée à Orléans avant la rédaction de la Coutume (1). De même à Paris, la représentation est consacrée en 1510 ; ce ne fut pas sans difficulté, car dans le procès-verbal de l'ancienne Coutume de Paris le projet de l'article 133 portait « que la Coutume de la prévosté et vicomté de Paris, représentation n'a point de lieu, s'il n'a esté réservé en traittant le mariage : et s'il est réservé à l'un, est réservé aux autres ». Ce texte ne fut du reste pas adopté et après un échange d'observations et « remontrances faites sur le contenu au dit article » on arriva à une rédaction nouvelle de l'article 133 qui admettait la représentation « par ladite coutume en ligne directe représentation a lieu ».

Pourquoi est-ce au moment de la rédaction des coutumes que l'on peut remarquer un mouvement en faveur de la représentation, il nous semble, comme nous l'avons indiqué au début de ce chapitre, qu'il y a là une preuve de l'influence romaine ; les hommes qui sont chargés de codifier les anciens usages sont tous des civilistes, une institution aussi importante que la représentation ne leur a pas échappé ; son utilité avait déjà été appréciée puisqu'on arrivait, par la pratique du rappel, à des résultats analogues ; il leur paraît qu'il est bon

1. Cf. Pothier, *loc. cit.*, p. 38.

de faire passer dans la loi des solutions dont l'excellence a été démontrée par un long usage, aussi toutes les coutumes (1) font-elles une place à la représentation. Mais les rédacteurs de nos coutumes ont tous étudié le droit de Justinien, ils ressentent pour lui une grande vénération et le considèrent sinon comme un idéal auquel il n'y a rien à changer, du moins comme un guide très sûr ; le droit romain est la source à laquelle ils se réfèrent le plus volontiers et Guiné (2) nous dit formellement que les dispositions des nouvelles ont été prises comme bases par nos anciens auteurs : « Ce qu'on doit poser pour certain, est que tous les rédacteurs de ces différentes coutumes, ont eu à cet égard pour base et pour plan de leurs raisonnements et de leurs décisions la disposition du droit civil, les uns pour s'y conformer, les autres pour donner à la représentation un effet plus étendu que Justinien ne lui avait voulu donner, et les autres pour en retrancher quelque chose ou le rejeter entièrement ».

Avant d'aborder l'étude de nos coutumes, nous pouvons faire quelques observations générales. Notons en premier lieu que si la représentation a été empruntée au droit romain par les rédacteurs de nos coutumes, ils n'en ont pas nettement aperçu la base et, laissant de côté l'idée simple et claire du partage par souche, ils ont re-

1. Sauf toutefois les quatre coutumes de Ponthieu, Boulonnais, Artois et Hainaut qui la rejettent complètement même en ligne directe.

2. Guiné. *Traité du dr. de représentation*, p. 11.

pris et adopté l'erreur des commentateurs. Nos coutumes considèrent la représentation comme une fiction. Cette idée va ainsi s'établir solidement dans notre droit, tous nos anciens auteurs l'adopteront à la suite de Dumoulin et notre Code civil la consacre à son tour dans son article 739.

La représentation est acceptée beaucoup plus facilement en ligne directe qu'en ligne collatérale (1). C'est ainsi que l'article 149 de la Coutume de Paris de 1510 décide qu'« en ligne collatérale représentation n'a point de lieu ». Il fallait donc avoir recours au rappel pour faire venir des neveux issus d'un frère prédécédé en concours avec leurs oncles. Mais, sous l'influence du droit romain s'exerçant par les magistrats et les légistes, la représentation fut admise au profit des neveux et nièces ; l'article 320 de la seconde rédaction de la Coutume de Paris dispose en effet qu'« en ligne collatérale représentation a lieu, quand les neveux ou nièces viennent à la succession de leur oncle ou tante avec les frères ou sœurs du décédé ; et audit cas de représentation les représentants succèdent par souche et non par tête ». De même à Orléans, l'article 249 de la rédaction de 1509 décide que « représentation n'a lieu en succession collatérale sinon du consentement de tous ceux qui y ont intérêt » mais lors de la seconde rédaction, la représentation est également étendue à la ligne collatérale.

1. Cf. Guipré, *loc. cit.*, p. 11.

Voici en effet la disposition de l'article 318 de la Coutume d'Orléans : « En ligne collatérale, les neveux et nièces viennent par représentation à la succession de leur oncle ou tante avec les frères et sœurs du décédé. Et en cas de représentation, les représentants succèdent par souche et par tête : et outre ledit degré, représentation n'a lieu ». L'évolution de notre ancien droit et ses progrès en matière de représentation avaient été très bien marqués par Loysel dans ses *Institutes* : « Jadis, dit-il, représentation n'avait point lieu ; maintenant elle est reçue quasi partout en ligne directe et par beaucoup de coutumes en la collatérale jusqu'aux enfants de frères » (1).

Nos anciens auteurs semblent d'ailleurs établir une différence entre la représentation en ligne directe et la représentation en ligne collatérale. Cette distinction est très nettement marquée dans la Coutume de Paris : « Les textes de notre coutume (2) séparent très complètement les deux théories de la représentation en ligne directe et de la représentation en ligne collatérale ». Il y a entre les deux représentations une différence non seulement au point de vue des limites dans lesquelles elles jouent, mais encore au point de vue des effets qui leur sont attribués ; c'est ainsi que contrairement à ce qui a

1. Loysel. *Inst. cout. Successions*, règle 5.

2. Henry. « A travers la Coutume de Paris et les Institutions coutumières de Loysel ». *Revue critique*, 1904, p. 357.

lieu en directe, si le *de cujus*¹ ne laisse que des neveux et nièces, nous ne nous trouvons plus dans un cas de représentation et le partage a lieu par tête. « L'égalité de leur droit, disait Bourjon, fonde ce partage égal ; de là il suit que lorsque le défunt n'a laissé pour héritiers que des neveux dont plusieurs issus d'un frère, un autre neveu issu d'un autre frère, chacun de ces différents neveux a portion égale dans la succession de leur oncle, puisque chacun d'eux vient à icelle de son chef, par un droit qui lui est personnel. » (1).

Pothier pense que les deux représentations ne sont pas établies dans le même but et cela expliquerait la différence entre les effets produits par chacune d'elles : « la représentation en ligne directe étant principalement établie pour conserver l'égalité entre les différentes lignes de la descendance et postérité du défunt », tandis que « la représentation en collatérale n'étant établie qu'en faveur des seuls neveux, il est évident qu'elle n'est pas établie en faveur des lignes et pour conserver l'égalité entre les différentes lignes collatérales » (2). Bien que ce point de vue paraisse étrange au premier abord, il faut reconnaître qu'il contient une grande part de vérité. Il ne faut pas oublier que Pothier, dans le passage que nous citons plus haut, expose le droit suivi dans les Coutumes d'Orléans et de Paris et il est

1. Bourjon. *Successions*, part. IV, ch. IV, sect. II. n° 19.

2. Pothier, *loc. cit.*, p. 87.

certain que l'idée qu'il expose est bien conforme à l'esprit de ces coutumes ; en effet s'il est possible de découvrir dans l'organisation de la représentation directe (dans ces coutumes) un souci d'égalité entre les lignes ou souches, on ne saurait dire que la représentation en collatérale, établie au profit des seuls neveux, procède d'un principe autre qu'un sentiment d'équité, qu'un désir d'empêcher l'exclusion injuste d'enfants dont le seul tort est d'être des orphelins. Mais il ne faut pas donner aux paroles de Pothier une portée générale qu'elles n'ont pas ; elles ne s'appliquent qu'aux Coutumes de Paris et d'Orléans, elles sont, à notre avis, avec cette restriction, parfaitement exactes. Pothier s'exprime d'ailleurs d'une manière très différente à propos des coutumes qui ont basé la représentation sur un principe unique pour les deux lignes et lui ont donné en collatérale et en directe une égale extension. Quelques coutumes, notamment celles de Tours, du Maine, de l'Anjou avaient admis un système de dévolution qui a beaucoup de ressemblance avec le système des parentèles et où « la succession du défunt lorsqu'elle tombe en collatérale est déférée par souche ». Sans entrer dans les détails, disons seulement que l'on épuise complètement chaque groupe parentélique avant de passer au suivant ; tel est ce système que Pothier résume assez exactement ainsi : « En un mot les descendants du père ou de la mère du défunt excluent toujours ceux qui ne descendent que de l'aïeul ; les descendants des

aïeuls ou aïeules excluent ceux qui ne descendent que du bisaïeul et *sic in infinitum* » (1). Et lorsqu'il parle de ces coutumes qui ont adopté un principe différent, Pothier tient un langage tout autre que celui qu'il employait au sujet des coutumes de Paris de d'Orléans ; la représentation a ici la même base, le même but et les mêmes effets dans les deux lignes et il n'est plus question de distinguer la ligne collatérale de la ligne directe : « L'esprit de ces Coutumes qui ont admis la représentation à l'infini, étant d'y conserver l'égalité entre les lignes, comme dans la succession en directe, les mêmes principes qui ont lieu pour la représentation en directe ont lieu pour cette représentation en collatérale. C'est pourquoi elle a lieu soit que les personnes qui viennent par représentation soient entre elles en degré inégal, soit qu'elles soient en degré égal (2). » Nous pouvons donc conclure que c'est une affirmation hasardeuse de soutenir que nos anciens auteurs et notamment Pothier établissent une différence entre les deux représentations au point de vue du but et du fondement ; on sera plus respectueux de l'autorité de ces savants jurisconsultes et en même temps plus près de la vérité en disant seulement que l'idée qui était à la base de la représentation échappa à de nombreuses coutumes et que d'autres la restreignirent au point d'en modifier le caractère essen-

1. Pothier, *loc. cit.*, p. 90.

2. Pothier, *eod. loc.*

tiel. C'est donc dans les faits et non pas seulement dans l'esprit de nos anciens auteurs qu'une différence existe, dans certaines coutumes, entre la représentation en ligne directe et en ligne collatérale.

La variété des coutumes sur le droit de représentation est très grande et elles sont « si différentes les unes des autres qu'il semble que chacune se soit fait des principes et des règles particulières » (1). D'où vient cette diversité de nos coutumes? C'est de ce que, dit Guiné, « on a donné la liberté aux Etats de chaque province de faire tels changements que bon leur a semblé, le penchant et l'inclination des peuples de chaque pays a servi de raison principale aux décisions qui s'y trouvent écrites; l'idée des commissaires députés pour ces réformations n'y a pas peu contribué; et il est même difficile de ne pas croire que l'intérêt particulier des personnes d'autorité dans les provinces n'y ait pas eu beaucoup de part » (2). Cette explication a le mérite de reposer sur des faits de large observation qui ne sont pas particuliers à une époque, nous sommes disposés à l'admettre. Malgré l'extrême diversité des coutumes on peut cependant les ramener à cinq catégories (3):

1^o Les unes excluent absolument la représentation tant en ligne directe que collatérale;

1. Guiné, *loc. cit.*, p. 22.

2. Guiné, *loc. cit.*, p. 11.

3. Cf. Guiné, *loc. cit.*, p. 22.

2° Les autres l'admettent en directe seulement et ne l'admettent point en la ligne collatérale ;

3° La plus grande partie l'ont admise aux termes de droit ;

4° Quantité l'ont admise infiniment aussi bien en la ligne collatérale qu'en la directe ;

5° Il y a des coutumes qui ne l'ont admise que pour des personnes de certaine qualité seulement, d'autres pour certaine nature de biens et qui la rejettent pour les autres.

Les inconvénients de cette variété n'avaient pas échappé à nos anciens auteurs (1) et le président, de Lamoignon (2), avait proposé une organisation unique de la représentation fortement inspirée du droit des nouvelles.

Il n'est pas dans notre plan d'entrer dans le détail de chacune de ces classes de coutumes ; une telle étude nous entraînerait très au delà des limites que nous nous sommes assignées. De même laisserons-nous de côté, dans cette partie de notre travail, l'étude des questions qui se posent encore et sont encore controversées dans notre droit moderne ; celles-ci trouveront tout naturellement leur place dans la seconde partie de cette thèse. Nous nous occuperons exclusivement ici des points qui ne font plus difficulté aujourd'hui, des questions propres

1. V. notamment Ricard, *loc. cit.* ch. VIII, n° 62.

2. *Recueil des arrêts de M. le premier Président de Lamoignon*, V part., tit. XLI.

au droit coutumier qui ne peuvent plus se poser par suite des modifications apportées à nos institutions et à nos lois. Et, pour ce faire, nous allons indiquer les conditions et les effets de la représentation et à propos de chacun d'eux exposer et commenter les difficultés diverses qui avaient surgi dans notre ancien droit coutumier (1) ; c'est là, nous semble-t-il, la manière la plus logique d'exposer les solutions auxquelles on était arrivé.

Représenter c'est succéder ; il faut donc pour profiter du bénéfice de la représentation se trouver dans les conditions requises pour succéder ; il faut donc :

1° Etre vivant ou tout au moins conçu au moment de l'ouverture de la succession ;

2° Il faut être capable ; il n'y a plus qu'une seule cause d'incapacité dans notre droit actuel, elle concerne les enfants simplement conçus au moment de l'ouverture de la succession qui naissent ensuite morts ou non viables (art. 725-2°). Les incapacités étaient beaucoup plus nombreuses dans l'ancien droit : c'est ainsi que les serfs, les aubains, les mort civils, les religieux profès étaient inaptes à succéder (2) ;

3° Enfin il faut ne pas être indigne ou exhérédé ; l'exhérédation a disparu de nos lois actuelles.

1. Nous prendrons comme base de cette étude la Coutume de Paris sans cependant nous en tenir exclusivement à elle.

2. Cf. Planiol, t. III, p. 330, n^{os} 1724-1730.

Il faut en outre remplir certaines conditions spéciales à la représentation (1) :

1° Le représentant doit être le descendant du représenté. Lebrun (2) explique cette règle ainsi : « La représentation ne vient que de la liaison, pour ne pas dire de l'identité du père et du fils, et c'est pour cela qu'il n'y a que les enfants qui représentent et que cela n'est jamais permis en quelque cas que ce soit aux collatéraux. Ce droit a son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpétuelle des enfants au père et rend un père mort dans la personne du fils qui lui survit ; Il nous semble que l'explication est plus simple ; si la représentation ne fonctionne qu'au profit des descendants c'est qu'à l'origine elle n'a été établie qu'en leur faveur ; elle a été créée à Rome pour maintenir l'égalité entre les souches issues d'un auteur commun et n'oublions pas que c'est de la représentation romaine que se sont inspirés nos anciens juristes.

Mais si le représentant doit être le descendant du représenté il n'est pas nécessaire qu'il soit son héritier. Ce n'est pas de la volonté du représenté qu'il tient ses droits mais de la loi ; la représentation ne fait autre chose que placer le représentant dans le degré du représenté mais la succession du peuple n'est pas transmise par celui-ci à celui-là. Le représentant est personnel-

1. Nous employons pour l'ancien droit ce plan traditionnel dont nous montrerons les inconvénients pour le droit moderne.

2. *Successions*, t. III, Ch. V, sect. I, n° 10.

lement héritier, il vient à la succession *suo prorsus et proprio jure* ou comme le disait Dumoulin *ex capite proprio et ex propria persona*. Les anciens auteurs (1) sont d'accord sur ce point qu'ils ont très nettement aperçu, et c'est encore le point de vue du droit moderne. De cette règle découlent deux conséquences sur lesquelles nous n'insisterons pas car nous les retrouverons en étudiant la représentation dans le Code civil : *a*) on peut représenter celui lors du décès duquel on n'était pas encore conçu (2) ; *b*) on peut représenter une personne à la succession de laquelle on a renoncé ou de la succession de laquelle on a été exclu comme indigne (3).

2° On ne représente pas les personnes vivantes. Cette règle, conséquence de l'admission de la fiction et sur laquelle nous aurons également l'occasion de revenir, avait été formulée par Dumoulin dans une note célèbre sur l'article 241 de la coutume du Maine « *representatio nunquam est de persona vivente sed tantum de parente mortuo naturaliter vel civiliter* » (4). Et pour Lebrun (5) la question de savoir si on peut représenter un homme vivant n'était pas susceptible de difficulté ; la négative lui paraissait évidente. Quelles sont les conséquences de cette règle ? L'héritier le plus proche peut

1. Cf. Pothier, *loc. cit.*, p. 39.

2. Lebrun. *Successions*, liv. I, ch. III, n° 11.

3. Cout. de Paris, art. 307 et 308.

4. V. également J. Desmares. Décision 282.

5. Lebrun, *loc. cit.*, liv. III, ch. V, sect I, n° 14.

être vivant au moment de l'ouverture de la succession et ne pas cependant venir en rang utile dans trois cas : il renonce, il est exhéredé, il est exclu comme indigne, la solution est unique pour ces trois hypothèses, la représentation est impossible, on ne représente pas les personnes vivantes. Cependant il est des cas où le résultat auquel on arrivait par l'application de cette théorie avait paru choquant à des anciens auteurs qui s'étaient divisés et d'autres où par l'invention d'une représentation spéciale à « l'effet simplement de partager », on avait atteint des solutions bien plus équitables mais manifestement en opposition avec la règle précitée.

Si le *de cujus* meurt laissant deux fils et que l'un d'eux renonce, ses enfants ne seront pas admis à concourir avec leur oncle, la succession sera tout entière dévolue au fils acceptant ; on ne représente pas les personnes vivantes, les petits-enfants ne peuvent donc pas emprunter le degré de leur père vivant pour arriver en rang utile. Modifions un peu notre hypothèse, supposons que le frère (acceptant) soit prédécédé laissant des enfants. Ceux-ci ont droit au bénéfice de la représentation, il vont donc monter au degré de leur père ; vont-ils exclure leurs cousins fils du renonçant parce que ceux-ci ne pouvant représenter leur père restent à leur degré et sont par suite plus éloignés ? C'est dans ce sens que le droit se fixa, l'article 310 disposait en effet : « Le droit et la part de l'enfant qui s'abstient et renonce à la succession de ses père et mère accroît aux autres

enfants héritiers... » C'était là, comme nous l'avons indiqué plus haut, l'opinion de Lebrun. Cependant ce résultat injuste et contraire à l'esprit même de la représentation avait impressionné de bons esprits qui soutenaient l'opinion contraire. Ainsi Basnage disait sur l'article 304 de la coutume de Normandie (1) que « la représentation est un bénéfice pour succéder seulement et non pour exclure ». Dumoulin était également favorable aux enfants du renonçant et il avait écrit sur l'article 241 de la coutume du Maine : « Bene venit jure suo et ex successorio edicto si sint proximiores in gradu, vel æque propinqui cum aliis succedentibus vel representantibus concurrendo (2). »

Modifions encore l'hypothèse que nous avons construite et supposons que les deux fils du *de cujus* sont vivants à l'ouverture de la succession et qu'ils renoncent tous les deux laissant le premier un enfant, l'autre trois. Ces enfants sont tous en égal degré ils viennent de leur chef, ils ne sauraient du reste bénéficier de la représentation puisque ceux dont ils viendraient occuper le degré sont encore vivants, le partage devrait donc avoir lieu, par têtes et chacun des enfants obtiendrait un quart de la succession. Mais un tel résultat parut injuste à tous nos anciens auteurs car « il est inouï qu'une succession

1. Nous verrons d'ailleurs que la coutume normande avait au point de vue des personnes vivantes adopté des solutions différentes.

2. V. aussi Ricard sur l'article 309 de la coutume de Senlis.

se partage autrement que par souche lorsque des petits enfants de différentes souches succèdent » (1). On imagina alors une nouvelle espèce de représentation à l'effet simplement de partager « qui n'a d'autre effet que de faire partager la succession par souches et non par personnes ». Quand la représentation à l'effet de succéder n'est pas possible soit parce que les héritiers du degré précédent sont vivants, comme dans l'hypothèse qui précède ; soit parce que tous les petits-enfants étant au même degré ils n'ont pas besoin du secours de la représentation, il y a lieu à la représentation à l'effet de partager parce que, dans le partage, les petits-enfants, issus de chacune des différentes souches, représentent tous ensemble la souche dont ils sont issus, et ne prennent tous ensemble que la part qu'aurait eue ladite souche si ce fut elle qui eût succédé » (2). Ainsi dans le cas supposé, s'il y a d'une part trois petits-enfants issus d'un fils et d'autre part un seul petit-enfant issu de l'autre fils, la succession sera divisée en deux parts égales dont l'une sera attribuée à l'enfant unique et l'autre à ses trois cousins et ainsi, les biens seront répartis comme si tout s'était passé normalement, le patrimoine de l'aïeule ayant été attribué par moitié à chacun des enfants du premier degré avait été transmis à leurs descendants.

1. Pothier, *loc. cit.*, p. 44.

2. Pothier, *ibidem*. — V. aussi Lebrun, liv. I, ch. IV, sect. IV, distinct. 1, n^{os} 14 et 28.

Cette forme de représentation était en apparence anormale et fonctionnait en dehors des règles admises ; en réalité elle était la seule conforme à la base de la représentation à l'idée d'un droit égal pour toutes les souches, abstraction faite du nombre et du degré de leurs membres. Ce droit de la souche est très nettement reconnu et indiqué par Pothier ; Lebrun en parle également avec moins de clarté toutefois. C'est là une application exacte de l'idée romaine qui apparaît malgré toutes les obscurités dont les commentateurs l'avaient entourée. Comme le dit en bons termes M. Vallier (1) : « L'idée du partage par souche avait déchiré la formule derrière laquelle le dogmatisme scolastique s'était efforcé de la voiler. »

La non-représentation des personnes vivantes paraissait injuste à beaucoup d'auteurs. Basnage (2) était résolument opposé à cette règle : « On ne doit pas, disait-il, restreindre un droit aussi favorable que le droit de représentation et ne le donner que dans le seul cas où celui qu'on veut représenter est décédé. C'est mal expliquer l'intention des lois et contrevenir à leur fin. La représentation n'est introduite que par un principe d'équité pour mettre les enfants en la place de leur père. Que si le père vivant ne veut pas se prévaloir de son droit, il ne doit pas faire obstacle à ses enfants... comme

1. Vallier, *loc. cit.*, p. 115.

2. Basnage. Sur l'art. 304 de la Coutume de Normandie,

le père ne peut pas faire tort à ses créanciers, il peut beaucoup moins faire tort à ses enfants ». Il est du reste intéressant de remarquer que la jurisprudence normande, se séparant sur ce point de notre coutume, admit la représentation des personnes vivantes : « La renonciation produit cet effet parmi nous, que tant en succession collatérale qu'en directe, le renonçant est considéré comme n'ayant jamais fait partie de la famille, en sorte qu'en ligne directe, les fils prennent la place de leur père, comme s'il n'eût pas existé et en ligne collatérale où ils sont en la place de la souche résidente en leur père, quand ils succèdent avec leurs oncles, lesquels forment une souche égale à leur père, ou n'ayant plus d'oncle, ni conséquemment de souches copartageantes avec la leur, ils viennent comme branches sorties de souches qui n'existent plus, partager avec leurs cousins, lesquels sont branches, ainsi qu'eux sorties de diverses souches... D'où il résulte que le droit de succéder en partie qui appartient à une ligne n'est pas perdu pour cette ligne, lorsque celui qui en cette même ligne était en rang pour succéder le premier, renonce à l'hérédité ; qu'au contraire ceux de sa ligne entrent de droit en ce rang et que ceux qu'il aurait eus pour cohéritiers ne peuvent le remplacer (1). »

3° En troisième lieu on ne peut représenter que les

1. Hoüard. *Dictionnaire de droit normand*, t. VI, v° Succession, p. 239. Rouen, 1782.

personnes qui auraient été capables de succéder au *de cuius*. Et voici qu'il faut admettre une nouvelle fiction l'existence du représenté est censée se soutenir jusqu'à l'ouverture de la succession du *de cuius* ; on suppose qu'il est encore vivant à ce moment et on apprécie alors sa vocation héréditaire ; est-il capable de succéder au *de cuius* ? Si l'on répond affirmativement la représentation pourra avoir lieu, elle sera repoussée dans le cas de réponse négative. Et cependant c'est le représentant qui est héritier, il ne tient pas du représenté ses droits héréditaires, c'est la loi qui les lui donne et l'on demandera au représentant de remplir les conditions requises pour succéder. On voit à quelles complications et à quelles bizarreries conduit la théorie de la représentation-fiction : on va opposer au représentant les incapacités que l'on aurait pu opposer au représenté lui-même s'il avait survécu. Il est juste de dire d'ailleurs que certains auteurs n'avaient pas admis cette façon de voir : d'Argentré, par exemple, était d'un avis différent. Consulté par un plaideur qui voulait écarter d'une succession les enfants d'un *inhabilis*, il conseillait à son client d'abandonner sa prétention : « nec hic filius a patre habet quod hæres est sed ab sanguine. Ergo inhabilitas in persona patris, sive ex delicto proveniat sive aliunde sive ab natura sive hominis facto non impedit imo facit locum succedenti in gradu (1) ... » Il faut éga-

1. *Consultatio prima*, édit. 1664, p. 2114 à 2116.

lement remarquer que l'on n'opposait pas indistinctement au représentant toutes les incapacités opposables au représenté, on distinguait les *vitia perpetua* ou *originaria* qui affectaient tout l'ordre héréditaire et les *vitia accidentalia* personnels à l'héritier frappé ; les auteurs étaient d'ailleurs loin d'être d'accord sur les incapacités qu'il convenait de faire entrer dans la première catégorie et celles qui devaient être rangées dans la seconde. L'incapacité résultant de la qualité d'aubain était cependant considérée généralement comme absolue ; de même étaient considérées comme accidentelles les incapacités résultant de la profession religieuse ou d'une condamnation emportant mort civile.

On n'était pas d'accord par exemple sur l'exhérédation. Les enfants de l'exhéredé pouvaient-ils le représenter ? Il faut distinguer : si l'exhéredé est vivant au moment de l'ouverture de la succession il n'y a pas de doute la représentation des personnes vivantes n'étant pas admise. Si l'exhéredé est prédécédé la question est plus délicate. Pothier se prononçait en faveur de la représentation et il invoque à l'appui de son opinion l'idée de personnalité de la peine et il ajoute : « l'exhérédation n'ayant été portée que contre la personne de l'exhéredé pour l'exclure personnellement de la succession cette exhérédation est anéantie par son prédécès » et « les enfants de l'exhéredé sont subrogés à la part que l'ex-

hérédé, s'il eût survécu, aurait dû avoir sans l'exhérédation, qui ne doit plus être considérée » (1).

Pothier tranche dans le même sens la controverse relative à la représentation de l'indigne prédécédé par ses enfants (2). Nous reviendrons sur ce point à propos des discussions qui se sont élevées entre les interprètes modernes au sujet du sens de l'article 730. Nous invoquerons alors l'autorité de Pothier accrue encore du fait que le rédacteur de l'article 730 avait probablement sous les yeux le passage de Pothier (3).

Il nous reste à dire un mot d'une autre question qui ne se présente plus dans notre droit actuel, mais qui se posait fréquemment dans l'ancien droit. Les enfants d'une fille qui a renoncé en se mariant à la succession de son père peuvent-ils la représenter à cette succession? Le doute n'est possible qu'au cas de prédécès. Dans ce cas Dumoulin sur l'article 123 de l'ancienne coutume de Paris s'était prononcé pour l'admission de la représentation « factum matris filios non ligat quia, mater non potuit renuntiare pro filiis sed pro se tantum » mais la jurisprudence adopta l'opinion contraire dans deux arrêts dont le dernier du 15 avril 1569 (4) la fixa définitivement. Cette jurisprudence est approuvée par

1. Pothier, *loc. cit.*, p. 40.

2. *Ibidem.*

3. Cf. Bugnet sur Pothier, p. 40, note 1.

4. Louët. Lettre R, sommaire 17, nos 14 et suiv. cité dans Pothier, p. 41.

Pothier qui pense que de telles renonciations sont « des lois de famille » dont l'effet ne doit pas se borner à la fille qui a renoncé, mais, au contraire, s'étendre à tous ses descendants.

Au point de vue des effets de la représentation il nous sera permis d'être très bref, car nous aurons à y revenir longuement dans notre seconde partie. Rappelons seulement que dans toutes les hypothèses où la représentation était admise, le partage avait lieu par souche. Le représentant exerce dans la succession les droits qu'aurait eus le représenté s'il avait été vivant au moment de l'ouverture de la succession; le représentant ne doit donc avoir que la part qui sera revenue au représenté, d'où l'obligation pour lui du rapport sur laquelle nous reviendrons également. Notons seulement qu'on avait déduit de ce principe toutes ses conséquences, c'est ainsi que les enfants venant à la succession de leur aïeul par représentation de leur père ou mère devaient le rapport des dons faits à quelqu'un de leurs frères prédécédés parce que ce rapport aurait été dû par leurs père ou mère qu'ils représentaient. De même lorsque des filles, par contrat de mariage, ont renoncé, moyennant une dot, à la succession, au profit de leur frère aîné; celui-ci succédant à leur place est obligé de rapporter la dot donnée à la fille renonçante (1). On voit donc que le principe suivant lequel le représentant ne doit pas avoir plus que le représenté était strictement observé.

1. Cf. Pothier, p. 167-168.

Mais est-ce qu'il n'arrivait pas que le représentant obtint moins que le représenté ? En d'autres termes, est-ce que les représentants succèdent non seulement au degré mais à tous les avantages de la personne représentée ? C'est une question qu'il y a lieu de résoudre ici, car elle se posait surtout à propos des privilèges d'ainesse et de masculinité disparus de notre droit moderne. A égalité de degré, dans la succession aux fiefs, les mâles excluaient les femelles ; cette règle avait survécu aux nécessités militaires qui l'avaient faite admettre à l'époque féodale. Il n'y avait pas de difficulté au cas où les héritiers venaient à la succession de leur chef, mais dans les cas où il y avait lieu à représentation, on se demandait si c'était le sexe du représentant ou celui du représenté qui devait être pris en considération : c'est par exemple le cas où une fille qui vient à la succession de l'aïeul par représentation de son père prédécédé, ne trouve en face d'elle que des sœurs de son père. Que va-t-il se passer ? Les coutumes étaient divisées, les unes admettant le concours (Reims. Laon), les autres comme celles de Paris et d'Orléans (art. 213 et 321), se prononçant en faveur de la fille représentant son père et Pothier (1), pour expliquer cette solution, dit que « ce n'est point dans la personne des représentants que l'on doit rechercher ni le sexe ni les qualités nécessaires pour succéder au droit d'ainesse, mais dans

1. Pothier, *loc. cit.*, p. 43.

la personne qu'ils représentent, qui doit, à cet égard, être sur ce représentée». Les coutumes avaient adopté, sur la représentation de l'ainé au préciput d'ainesse par une fille, des solutions très diverses ; certaines, comme celle de Meaux, considéraient la fille comme incapable et ne lui accordaient qu'une part de femme. La première rédaction de la Coutume de Paris elle-même n'était pas très nette à ce point de vue : son article 134 qui consacrait pour le descendant mâle de l'ainé le droit de représenter son père au préciput d'ainesse, semblait refuser aux filles cette prérogative. Cependant, un arrêt de 1550 rapporté par tous les auteurs (1) « admit les filles de l'ainé au droit d'ainesse par représentation de leur père. C'est la solution qui prévalut également dans la seconde rédaction de la Coutume de Paris, dont l'article 324 dispose : « Les enfants de fils aîné, soit mâles ou femelles, survivant à leur père venant à la succession de leur aïeul ou aïeule, représentent leur dit père au droit d'ainesse, et s'il n'y a que des filles elles représentent leur père toutes ensemble pour une tête au dit droit d'ainesse et sans droit d'ainesse entre elles ». Nous n'insisterons pas davantage, et nous n'entrerons pas dans l'examen des multiples questions soulevées par le conflit de la théorie de la représentation avec les privilèges d'ainesse et de masculinité, les solutions adoptées différaient avec les coutumes, et dans chaque coutume

1. Cf. Pothier, p. 43.

variaient de la ligne directe à la ligne collatérale. On trouvera dans Pothier, auquel nous avons emprunté les explications qui précèdent, un exposé clair des principales questions discutées (1).

Nous verrons en étudiant la représentation dans le Code civil que parmi les solutions auxquelles était arrivé le droit coutumier, plusieurs ont été reprises par notre droit moderne. M. Henri (2) a indiqué d'heureuse façon les rapports entre les deux législations au point de vue de la représentation. « La représentation du Code civil rappelle celle de notre coutume, en ce sens qu'elle n'y est admise que pour les descendants et les collatéraux privilégiés, mais elle s'en sépare aussi par ces deux notables différences ; d'une part pour les seconds, c'est-à-dire pour les descendants de frères ou sœurs, il n'y a plus de limitation de degré et d'autre part que lorsqu'ils sont au même degré, la représentation n'en a pas moins lieu à l'effet de substituer le partage par souche au partage par tête. En d'autres termes, tout ce que l'article 319 de la Coutume de Paris admettait pour les descendants, l'article 742 du Code civil l'admet également pour les collatéraux privilégiés. »

1. Pothier, ch. II, sect. I, art. 1, § 3 et sect. III, art. 1 § 1, les arrêts et les auteurs cités. — *Œuvres annotées par Bugnet*, t. VIII, « Des successions. »

2. Henri à travers la Coutume de Paris. *Rev. critique*, 1904, p. 360.

CHAPITRE IV

Droit intermédiaire

Nous allons trouver au cours de la période intermédiaire, de grands changements dans le droit successoral et notamment dans la conception de la représentation. Au grand mouvement politique qui a emporté l'ancien régime, correspondent des modifications profondes dans les lois qui règlent la dévolution des biens ; comme on l'a très bien dit « l'histoire des révolutions politiques et sociales est écrite dans l'histoire du droit de succession » (1). L'ancien ordre de choses est aboli, il faut faire disparaître tout ce qui peut le rappeler ; à un état politique nouveau il faut un droit nouveau, il faut mettre les lois civiles d'accord avec les principes de la constitution. Et d'abord tous les vestiges de la féodalité, toutes les marques du particularisme provincial doivent être effacés des lois nouvelles qui s'appliquent à tous les citoyens de la république. La loi des 8-14 avril 1791 efface toutes les différences établies entre les successi-

1. Schützemberger. *Les lois de l'ordre social*, t. I, liv. XIII, ch. VI, p. 436.

bles. « Toutes les inégalités ci-devant résultant entre les héritiers *ab intestat*, des qualités d'ainé et de puîné, de la distinction des sexes, des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, sont abolies. » Plus tard, la loi de nivôse supprimant la distinction des propres et acquêts, on ne tiendra plus compte dans la transmission des biens d'aucune différence de nature ou d'origine. Nous pouvons dès à présent noter deux caractères du droit révolutionnaire, d'une part il s'applique à toute la France, d'autre part il organise la dévolution suivant des règles uniques pour tous et qui ne tiennent compte ni de la nature des biens ni de la qualité des personnes.

Pour les révolutionnaires la propriété est une création de la société (1) ; l'Etat qui la représente jouit donc d'une grande liberté pour régler la transmission des biens et il lui est loisible de poursuivre un but social. Le caractère politique des lois successorales n'est discuté par personne et il apparaît à tous qu'elles sont pour le législateur « un moyen pratique d'avoir de l'influence sur la répartition des propriétés, la distribution des richesses, de réaliser un idéal social et économique ». Que veut le législateur révolutionnaire ? Il désire avant tout réaliser l'égalité ; la Déclaration des Droits a déclaré les hommes égaux entre eux, il faut faire passer cette égalité du

1. Cf. Vallier. *Le Fondement du Droit successoral*. Paris, 1902, p. 193 et les auteurs cités.

domaine des principes dans celui des faits : l'égalité entre les enfants dans la succession doit être établie d'une manière absolue ; rien ne doit pouvoir venir la rompre ni la volonté du père que l'on annihile par les restrictions apportées à la liberté de tester, ni le hasard des décès car on établit la représentation. Les réformes sont capitales, elles ont la plus grande importance, « elles sont en effet liées avec les moyens d'encourager les mariages, d'accroître la population, d'augmenter le nombre des propriétés foncières, comme elles tiennent au moyen d'entretenir cette égalité générale qui est un des principes de la Constitution » (1).

Le législateur révolutionnaire veut à tout prix éviter la concentration des fortunes ; il désire arriver à l'émiettement de la propriété et dans ce but il faut faire venir à la succession le plus grand nombre possible d'héritiers on atteindra très bien ce résultat en admettant la représentation à l'infini « car combinée avec la fente cette représentation à l'infini porte l'émiettement de la richesse à un point qui confond l'imagination » (2). De même la représentation aura encore pour effet de faire succéder des héritiers plus jeunes, or il est dans l'esprit du droit de la révolution de favoriser les générations nouvelles ; on espère ainsi les attirer plus facilement vers un régime qui leur confère des avantages ; de plus

1. Discours de Mirabeau lu à la Constituante le 2 avril 1791. Arch. parl. p. XXIV, p. 510.

2. Sagnac, *La Législation civile de la Révolution*, Paris, 1899, p. 233.

elles n'ont pas d'idées anciennes à abandonner et adopteront sans difficulté celles sur lesquelles est basé le nouvel ordre de choses, ils sont aussi l'avenir, c'est sur eux que repose la sécurité future de la République ; enfin il est préférable au point de vue économique que les biens soient entre les mains de propriétaires jeunes, capables de leur faire fournir un rendement maximum et d'augmenter ainsi la prospérité générale de l'Etat.

Voilà les considérations principales dont s'est inspirée la législation de la Révolution : « Aucune législation ne porte davantage la marque des circonstances ; les obstacles qu'opposaient les divers systèmes de l'ancien droit, les résistances d'une minorité nombreuse qui repoussait toute innovation lui ont donné ce caractère rigoureux et absolu que le combat seul peut imprimer aux lois. C'est un instrument de division et de nivellement des fortunes. C'est un moyen d'émancipation de l'individu par la propriété » (1). Les lois se sont succédé sous la Révolution avec une assez grande rapidité mais parmi ces monuments législatifs nombreux la loi du 17 nivôse an II a une place spéciale, elle est « le centre de tout ce mouvement, le point le plus élevé de la courbe qui pourrait le représenter. C'est la loi capitale de la Révolution, c'est elle qui symbolise la législation révolutionnaire et qui en incarne l'esprit, c'est elle qui a réalisé les réformes essentielles en matière de suc-

1. Sagnac. *loc. cit.*, p. 239.

cessions (1) ». C'est d'après cette loi que nous allons essayer de déterminer la conception révolutionnaire de la représentation ou plutôt d'indiquer la forme et les limites dans lesquelles elle fut admise car il est assez difficile de connaître la conception des auteurs de la loi ; elle n'est exprimée nulle part. C'est d'ailleurs là un trait commun à toutes les lois de cette période, le côté purement juridique, la détermination de la nature des droits sont laissés de côté ; on se préoccupe seulement de ce qui peut avoir des conséquences politiques ou économiques, la détermination des successibles (2). Nous verrons cependant par l'exposé des solutions adoptées par la loi de nivôse qu'elle avait vraisemblablement repoussé la théorie de la représentation-fiction pour admettre l'idée plus exacte de partage par souche.

La représentation est admise en ligne directe descendante à l'infini, c'est là une solution qui avait déjà été consacrée par de nombreuses coutumes ; on la justifie par la « subrogation perpétuelle que fait la nature des enfants aux pères » et on n'accorde aux représentants que la part qui serait revenue aux représentés, mais le véritable motif de la représentation dans le droit intermédiaire est celui que nous avons déjà signalé elle est conforme au principe hautement proclamé de

1. Aron, *La Législation successorale de la Révolution*, N. R. H. 191, p. 446.

2. Cf. Vallier, *loc. cit.*, p. 208, § 272.

l'égalité du droit des enfants dans la succession de leurs auteurs et c'est la grande utilité de la représentation de venir rétablir l'ordre rompu par le hasard des décès.

Mais la loi de nivôse était particulièrement brève sur l'établissement de la représentation en ligne descendante. L'article 58 se contentait de dire que « lorsqu'il y a des petits-enfants ou des descendants des degrés ultérieurs la représentation a lieu » et comme il ne précisait pas davantage on peut se demander si la représentation avait lieu dans tous les cas ou seulement lorsque les petits-enfants venaient en concours avec un enfant du premier degré. S'il faut en croire Vermeil (1), lors même qu'il n'y a que des petits-enfants pour héritiers, le droit de représentation a toujours lieu « si tous les enfants décèdent avant l'auteur commun et que chacun d'eux laisse de la postérité, le droit éventuel dont chacun d'eux avait été saisi, passe à ses enfants mais pour l'exercer seulement par ceux-ci comme l'aurait fait leur père. Ainsi s'il avait existé trois enfants de l'auteur commun qui fussent morts avant lui, l'un laissant un fils ou une fille, l'autre deux, l'autre trois, chacune de ces branches ne prendra qu'un tiers dans la succession de l'aïeul et ce tiers sera partagé en deux parts égales dans la branche où il existe deux rejetons, et en trois parts

1. Sur le crédit qu'il convient d'accorder à l'opinion de cet auteur et les motifs de ce crédit, v. Vallier, *loc. cit.*, p. 213, n° 3.

dans celle où il en existe trois » (1). Le partage avait donc lieu par souches et la solution n'a rien qui puisse nous étonner car elle était déjà admise dans l'ancien droit. Elle ne semble pas davantage devoir nous fournir des éclaircissements sur la conception révolutionnaire de la représentation, cependant nous pourrions peut-être en tirer argument en la rapprochant de la position prise sur le point de savoir si on peut représenter les personnes vivantes. Voici l'opinion de Vermeil sur ce point (2) : « Avant la nouvelle législation quelques jurisconsultes pensaient qu'on ne pouvait représenter un homme vivant parce que pour le représenter il fallait pouvoir se mettre en sa place, et que sa place, disait-on, était par lui remplie tant qu'il vivait. Nous ne croyons pas qu'il en doive être ainsi dans le nouvel ordre de choses à l'égard des enfants de l'héritier vivant qui a renoncé. Un des principaux objets de la loi du 17 nivôse est de diviser les fortunes et d'établir l'égalité dans les partages ; toute opinion qui tend à ce but est donc dans le sens de la loi. Ceci posé pourquoi les enfants du fils qui a renoncé ne pourraient-ils pas se porter héritiers en sa place ? La loi nouvelle n'appelle-t-elle pas tous les descendants à succéder à leurs auteurs ? Si celui qui se trouve le premier sur la ligne ne juge pas à propos

1. *Code des Successions suivi d'une explication par ordre de matières de la Loi du 17 nivôse an II et autres subséquences* par le citoyen Vermeil, p. 66.

2. Ce point n'avait pas non plus tranché par la loi, on ne peut donc pas par suite arriver à la certitude complète.

d'user de cette faculté pour lui-même, elle ne doit pas être perdue pour ceux que la nature a placés après lui, quand un intérêt légitime les porte à en faire usage ; et alors ils prendront dans l'hérédité la place qu'il plaît à leur auteur de laisser vacante par sa renonciation (1). » Si l'opinion de Vermeil était exacte et s'il avait bien dégagé le sens de la loi de nivôse on pourrait en conclure que le législateur révolutionnaire avait abandonné l'idée de fiction pour revenir au système plus logique du partage par souche ; on ne peut toutefois pas l'affirmer d'une façon certaine, les auteurs se sont peu occupés de la question et on trouve cependant des avis divergents (2).

La représentation n'est pas admise en ligne directe ascendante ; elle serait, dit-on, peu naturelle ; l'ascendant ne survit pas d'une manière normale à sa postérité. En réalité la question ne se présente pas sous ce jour au législateur révolutionnaire. On peut remarquer dans tout le droit successoral de cette époque une sorte d'hostilité à l'égard des ascendants ; c'est ainsi que les ascendants ne sont jamais admis à prendre part dans une succession au préjudice de collatéraux qui seraient descendus d'eux ou d'ascendants au même degré ; et par ce moyen on raréfie beaucoup les cas où la vocation des ascendants peut s'ouvrir (3). On invoque contre eux,

1. Vermeil, *loc. cit.*, p. 67.

2. V. notamment Guichard. *Dissertation sur le régime actuel des Successions*, Paris, nivôse an VII, p. 81, § 4.

3. Loi du 17 nivôse, article 72.

outre un argument économique qui n'est pas sans valeur à une époque où la terre constitue la principale richesse, à savoir que les propriétés sont moins bien exploitées par des hommes dont l'âge a amoindri les forces, des raisons politiques. Et celles-ci sont décisives : les hommes âgés sont moins accessibles aux idées nouvelles, ils peuvent avoir gardé un certain attachement pour le régime disparu, il faut éviter de leur attribuer des richesses qu'ils pourraient employer contre la République. Enfin, il faut le moins souvent possible laisser remonter les biens, car on retarde par là l'émiettement des fortunes, la répartition des richesses dans un plus grand nombre de mains, et l'égalité économique des citoyens auxquels la constitution vient de conférer l'égalité politique.

La ligne collatérale, le droit intermédiaire, abandonnant le système de la nouvelle 118 et de beaucoup de coutumes qui n'avaient admis la représentation qu'en faveur du neveu ou nièces, a étendu la faculté de succéder par représentation à tous « descendants de chef de branche, frère ou sœur d'un des auteurs défunts » (1). La représentation a lieu à l'infini (2). Et ici encore, sous les considérations diverses mises en avant pour justifier cette mesure, nous retrouverions le même désir de niveler les fortunes (3), de répartir les richesses dans le

1. Vermeil, *loc. cit.*, p. 77.

2. Loi du 17 nivôse, art. 77.

3. V. aussi dans cet ordre d'idées, la conception de Durand-Maillane

plus grand nombre de mains possible. La loi de nivôse ayant adopté un système de dévolution basé sur la répartition des successibles par parentèle, la proximité ou plus exactement la vocation héréditaire est déterminée par l'origine commune plus ou moins éloignée que le successible a avec le *de cujus*, c'est ainsi que les descendants du père du défunt excluent les descendants de l'aïeul qui sont eux-mêmes préférés aux descendants de bisaïeul et ainsi de suite. Mais si au point de vue de l'origine commune avec le défunt l'égalité existe, la représentation fonctionne quel que soit le degré ; ainsi les enfants d'une tante du *de cujus* concourent avec les petits-enfants d'un de ses oncles ; et après avoir critiqué l'ancien droit qui aurait exclu les petits-enfants, Vermeil nous dit que le partage aura lieu par souche « parce que l'un et l'autre chef de ces branches auraient partagé également s'ils eussent survécu au défunt » (1).

Il semble que l'établissement de la représentation à l'infini en ligne collatérale n'ait pas été une mesure très heureuse. Les inconvénients en étaient encore aggravés par ce fait qu'aucune limitation n'avait été marquée au droit héréditaire ; il existe tant que la parenté peut se prouver ; et de nouvelles difficultés surgirent également du caractère de rétroactivité imprimé à la loi de

d'après laquelle les parents d'un degré plus éloigné ne seraient pas toujours exclus par des parents d'un degré plus proche. Ceux du troisième degré et du quatrième degré par exemple concourraient entre eux dans une proportion différente.

1. Vermeil, *loc. cit.*, p. 79.

nivôse dont les dispositions furent déclarées obligatoires à partir du 14 juillet 1789.

Le législateur, parti de principes abstraits et soucieux d'atteindre un résultat désirable, ne s'est pas assez préoccupé des conséquences pratiques que pouvaient avoir les mesures qu'il édictait. Les inconvénients de cette représentation à l'infini étaient très réels ; la liquidation des successions devenait extrêmement compliquée et il y avait là une source abondante de procès et de contestations qui avaient déjà eu lieu sur le territoire des coutumes admettant la représentation à l'infini dans les deux lignes. C'est ainsi que dans le Maine par exemple, on voyait au cas de mort d'un homme sans héritiers proches surgir des bandes de collatéraux se disputant et se querellant pour faire reconnaître leurs droits et ne retrouvant pas dans la part qui leur était attribuée de quoi couvrir les frais qu'ils avaient faits (1). Quant au morcellement des fortunes produit par ce système, il était sans se placer dans des hypothèses compliquées à plaisir véritablement inouï : « Par exemple, si un aïeul paternel dont la postérité se trouve éteinte par la mort de celui *de cujus*, avait eu plusieurs frères et sœurs également décédés, mais dont il y ait postérité subsistante, alors il faudra diviser la portion échue au côté paternel en autant de parties qu'il y aura eu de frères ou de sœurs de l'aïeul. Ce n'est pas tout, chacun des frères

1. Cf. Sagnac, *loc. cit.*

de l'aïeul peut avoir eu plusieurs enfants, et chacun de ses enfants mariés peut être devenu le chef de nouvelles branches ; dans ce cas, la part affectée à la représentation de chacun de ces frères ou sœurs, se divisera en autant de portions qu'il y aura eu de nouvelles branches provenues de leurs enfants ; et le résultat de la première subdivision dans chaque nouvelle branche, sera partagé entre les descendants qui se trouveront exister dans chacune d'elles » (1).

Nous savons que les enfants d'un frère prédécédé recueillent sa part dans la succession. Mais peut-on aller plus loin et dire que si les frères viennent à la succession ils n'y viennent que par représentation des père et mère exclus par leur présence (2) ? Est-ce là l'explication de la division des biens entre les parents paternels et les parents maternels ; et si les parents paternels recueillent la part du père, est-ce parce qu'ils le représentent ; en d'autres termes la représentation peut-elle servir à expliquer la fente ?

Cette explication ne semble pas devoir être admise, c'est en vertu d'un droit propre que les frères et sœurs viennent à la succession ; la représentation ne leur est pas nécessaire pour se rapprocher et venir en rang

1. Vermeil, *loc. cit.*, p. 80, § 12. Remarquons en outre que ces partages successifs ne portent que sur la part attribuée au côté paternel, c'est-à-dire sur la moitié de la succession.

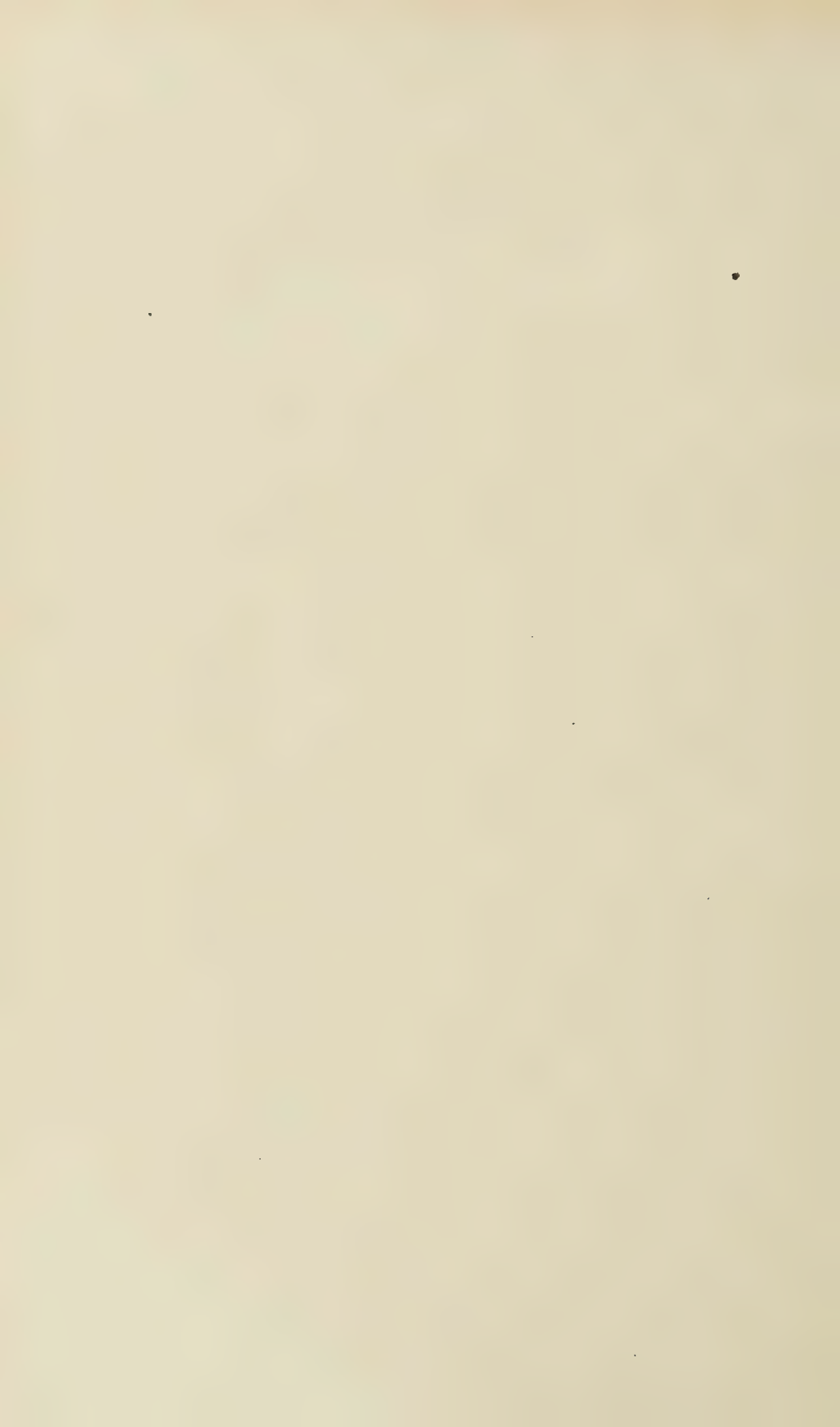
2. V. Vallier que nous suivons de très près dans le résumé de cette question qu'il expose assez longuement, p. 229-233.

utile. « Ceux qui ont un auteur immédiat commun avec le défunt ne succèdent point par la représentation ils n'en ont pas besoin pour se rapprocher de lui (1). » D'ailleurs, s'il est possible de concevoir la représentation d'une personne vivante, qui est exclue de la succession, on comprend difficilement la représentation d'une personne vivante, écartée de la succession par le fait même de la représentation, ce qui reviendrait à dire que les ascendants sont représentés parce qu'ils sont écartés et qu'ils sont écartés parce qu'ils sont représentés. Enfin si la fente avait été une conséquence de la représentation celle ci étant admise à l'infini on n'aurait pu s'en tenir à la fente, il aurait fallu accepter des refentes successives ; or cette solution fut rejetée (2). Et la Cour de cassation dans son arrêt déclarait que la fente bien loin d'être un effet et une conséquence nécessaire de la représentation écartait au contraire toute idée de représentation. Les deux institutions n'ont aucun rapport ; on peut en effet remarquer entre elles de grandes différences. La représentation établit l'égalité entre les souches d'une même famille ; la fente au contraire établit l'égalité entre deux familles différentes, la représentation a pour effet d'atténuer la règle de la proximité du degré dont la fente au contraire ne tient aucun compte (3).

1. Vermeil, *loc. cit.*, p. 76.

2. Arrêt du 12 brumaire an IX, rapporté dans Merlin. *Questions de droit*, t. VIII, *vo* Successions, § 8.

3. V. aussi Fliniaux, *loc. cit.*



CHAPITRE V

Le Code civil

Nous venons d'examiner l'œuvre des législateurs révolutionnaires. Les principes sont au premier plan, on veut en tirer des applications logiquement déduites. Les lois ont un caractère abstrait et absolu ; elles doivent modifier profondément les conditions de la vie ; elles correspondent à des conceptions politiques nouvelles et apparaissent comme un moyen de réaliser un idéal social. Et cet idéal il faut l'atteindre rapidement ; on ne se demande pas s'il est possible de modifier ainsi brusquement les habitudes séculaires d'un peuple, si certaines idées justes ne vont pas, par une application stricte et rigoureuse, conduire à des conséquences fâcheuses. Certaines théories philosophiques ont été adoptées, on croit à leur supériorité ; il faut les mettre en œuvre. Le droit de la révolution est l'œuvre de théoriciens.

Tout autre est le but des rédacteurs du Code civil. Les inconvénients de la partie positive du droit intermédiaires se sont fait sentir rapidement : « Le caractère

politique du droit successoral révolutionnaire en faisait une œuvre de combat essentiellement, transitoire destinée à disparaître avec les dangers que l'on avait voulu supprimer » (1). Les rédacteurs du Code sont des praticiens ; ils visent moins aux idées neuves et à l'établissement de systèmes ; ils veulent avant tout faire œuvre pratique et durable et n'oublient pas « que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois » (2). Ils ne visent pas aux grandes réformes et doutent qu'une loi puisse changer profondément les conditions de l'existence ; ils éprouvent devant les choses nouvelles une aversion peut-être exagérée, et regardent au contraire avec sympathie les institutions qui ont fait leurs preuves. « Ce ne sont pas des innovations qu'il faut attendre principalement dans un Code, on aimera à y retrouver ce qu'on savait, ce qu'on pratiquait, ce que l'usage avait trouvé bon ou ce que l'habitude avait rendu commode et familier ; on n'y désirera que la réforme des vices de législation bien constants et les améliorations que réclament évidemment le progrès des lumières et les changements survenus dans les mœurs et dans la condition des fortunes » (3).

Les idées essentielles du droit de la Révolution sont peu à peu abandonnées ou modifiées. On renonce à

1. Vallier, *loc. cit.*, p. 251.

2. Projet de l'an VIII, Portalis Fenet, I, p 466.

3. Siméon Fenet, XII, p. 222.

favoriser les générations jeunes, d'abord parce que le besoin s'en fait moins sentir, mais aussi à cause de l'organisation factice que cette tendance avait déterminée. L'égalité est maintenue entre les héritiers et sans doute on ne songe pas à revenir aux errements de l'ancien droit mais cette égalité perd son caractère absolu (liberté de tester) et apparaît comme dictée, moins par une idée politique, que par un sentiment de justice et d'équité. La crainte de voir se reconstituer les grosses fortunes préoccupe encore les esprits ; le premier Consul notamment y est opposé (1), il pense qu'il faut grossir le nombre des propriétaires et favoriser l'émiettement des fortunes. Mais toutes ces idées sont comme atténuées, elles ont perdu de leur force et de leur rigueur primitive. Enfin le droit de succession est considéré avant tout comme un droit familial plutôt que comme un droit de portée sociale. Donc préoccupations pratiques, détermination nette du domaine de la loi civile : le point de vue politique tombe au second plan.

Voilà les idées dominantes au moment de la rédaction du Code civil, tel est l'esprit qui anime ses rédacteurs, il n'est pas difficile de prévoir la solution qu'ils vont adopter. Deux systèmes s'offraient à eux au point de vue de la représentation, le système restrictif de la novelle 118 et la large conception de la loi de nivôse. Celle-ci rencontre peu de faveur, la représentation à l'infini en

1. Fenet, t. XII. p. 268 et 318.

collatérale paraît exagérée et contraire aux intérêts économiques : comme on avait trouvé de bonnes raisons pour l'admettre, ainsi on donne pour la repousser des motifs excellents. Chabot au Tribunat remarque que « si l'on admettait la représentation à l'infini, il y aurait presque toujours pour chaque succession collatérale un grand nombre d'héritiers et l'agriculture et le commerce réclament pour que les biens des successions ne soient pas trop divisés. Appeler à une succession un grand nombre d'héritiers c'est d'ailleurs ne donner le plus souvent à chacun que des embarras et des procès » (1). On dit encore que dans « la succession *ab intestat* la représentation des collatéraux poussée trop loin est une chose contraire au bon sens. Elle appelle des inconnus au préjudice des plus proches ; elle étend les relations de libéralité au delà de tous les rapports présumés d'affection ; elle entraîne des litiges interminables sur la qualité des personnes et des morcellements ridicules dans le partage des biens ; elle blesse toute les idées de justice, de convenance et de raison » (2). Et c'est à peu chose près le système de la nouvelle 118 qui va être adopté ; on l'étendra seulement au profit des descendants des frères et sœurs au lieu de le restreindre aux enfants du premier degré. C'était en somme la solution adoptée dans l'ancien droit par la plupart des coutumes à peine étendu.

1. Fenet, t. XII. p. 170.

2. Fenet, I. p. 521. Discours préliminaire.

C'est bien là une de ces institutions « que l'usage a trouvées bonnes, que l'habitude a rendues commodes et familières ». Nous verrons également que le Code civil est revenu à l'idée de fiction que la loi de nivôse avait probablement repoussée. Devant de telles solutions mitigées et sans originalité on est tenté de reconnaître que « les législateurs du Code firent en établissant leur régime successorial un acte d'opportunisme législatif » (1).

1. Vallier, *loc. cit.*, p. 251.

DEUXIÈME PARTIE

CRITIQUE

CHAPITRE PREMIER

Dans quels ordres d'héritiers et dans quelles successions la représentation est-elle admise ?

En ligne directe descendante, la représentation a lieu à l'infini et dans tous les cas. Cf. (art. 740 du C. civ.) La représentation a lieu à l'infini, c'est-à-dire que quel que soit le degré auquel se trouvent les descendants dans une branche, ils peuvent venir prendre dans la succession la part qui revient à cette branche, c'est ainsi qu'on peut voir concourir des fils avec des descendants du troisième ou du quatrième degré. La représentation a lieu dans tous les cas, l'article 740 en énumère trois.

« Les enfants du défunt concourent avec les descendants d'un enfant prédécédé. » Les enfants du défunt sont au premier degré, les descendants de l'enfant pré-

décédé au second seulement, pour que ceux-ci ne soient pas exclus, il faut que la représentation leur permette de monter au degré de leur père ; elle va avoir un autre effet. Si ces petits-enfants sont par exemple au nombre de trois, on va, en admettant le partage par tête, léser gravement les intérêts des enfants du premier degré dont la part va être sensiblement réduite par l'arrivée à la succession de deux nouveaux ayants droit. Ce résultat injuste sera évité par la représentation qui a pour conséquence le partage par souche. Sans doute il ne faut pas que les petits-enfants subissent un préjudice par suite de la mort de leur père, mais ils ne doivent pas non plus en tirer un bénéfice ; ils n'auront à eux trois que la part qui serait revenue à leur père s'il avait survécu.

La représentation a lieu encore quand tous les enfants du défunt étant morts, leurs descendants se trouvent entre eux en degrés inégaux. Elle produit comme dans le cas précédent un double effet, elle fait monter au degré des plus proches les descendants qui sont à un degré plus éloigné, et permettant ainsi le concours, elle évite les injustices qui pourraient résulter d'un partage par tête au cas où les représentants sont en nombre inégal dans les différentes branches en donnant lieu au partage par souche.

Enfin, la représentation a encore lieu quand tous les enfants du *de cujus* étant prédécédés, leurs descendants se trouvent entre eux à des degrés égaux. Ici tous les

descendants sont en rang utile pour venir à la succession du défunt, ils n'ont pas besoin du bénéfice de la représentation pour être appelés à l'hérédité. Ceci est tellement vrai que la question s'était posée dans l'ancien droit de savoir si le partage devait avoir lieu par tête ou par souche et Azon soutenant une solution qu'il avait fait triompher pour la ligne collatérale pensait que le partage devait avoir lieu ici *in capita*. Le Code civil a, avec raison, admis l'opinion contraire, déjà consacrée d'ailleurs dans l'ancien droit ; le partage a lieu par souche ; les enfants du second degré obtiennent la part qui serait revenue à leur auteur prédécédé s'il avait survécu, il n'y a ainsi rien de changé, le bénéfice de la représentation donne à chacun des descendants la part exacte qu'il aurait obtenue par transmission de son auteur si la nature n'avait pas interrompu l'ordre normal des décès.

La représentation n'a lieu que dans les cas où elle a une utilité et où elle a été prévue par la loi. C'est ainsi que dans le cas où les petits-enfants sont issus d'un enfant unique prédécédé, ils viennent à la succession de leur chef et non par représentation. Le tribunal d'Albi, dans un jugement du 28 juillet 1888 (1), décide dans l'espèce qui lui a été soumise que la représentation ne doit pas avoir lieu parce qu'elle est inutile et il invoque à l'appui de sa décision, entre autres articles,

1. Journal *Le Droit*, 1^{er} septembre 1888.

l'article 740 que nous venons de commenter et qui indique les hypothèses où la représentation doit être admise en ligne directe descendante (1).

En ligne collatérale nous savons déjà que la large conception de la loi de nivôse n'a pas été acceptée par le Code civil. Les seuls collatéraux qui peuvent être représentés sont les frères et sœurs du défunt. Mais dans ces limites, la représentation est admise comme en ligne directe à l'infini et dans tous les cas qu'il y ait ou non des frères et sœurs survivants, que leurs descendants se trouvent entre eux à des degrés égaux ou inégaux. Cette heureuse solution n'avait pas été admise dans le premier projet qui s'en tenait aux dispositions de la novelle 118 et accordait aux seuls neveux et nièces le bénéfice de la représentation. Ce système soutenu par Portalis, combattu par Berlier au Conseil d'Etat et par Chabot ou Tribunat ne prévalut pas (2), et tous les descendants des frères et sœurs prédécédés furent admis à les représenter.

Voilà donc les limites dans lesquelles le Code civil a admis la représentation : il n'y a que deux catégories de personnes qui peuvent être représentées, ce sont les enfants du défunt d'une part, ses frères et sœurs d'autre part. La représentation n'a pas lieu en faveur des ascendants, le plus proche dans chacune des deux lignes

1. V. Dalloz. *Répert.* V^o Succession, n. 189 *in fine*.

2. V. Locré, t. V, p. 49 n^o 22 et p. 109 et s. n^o 19.

exclut toujours le plus éloigné (art. 744 du C. civ.). Cette solution est traditionnelle ; le droit romain n'avait pas admis la représentation au profit des ascendants et notre ancien droit ne la pratiqua pas non plus. On justifie cette mesure qui n'a jamais été sérieusement discutée par des raisons sans grande valeur « la successibilité des ascendants, dit Siméon, est contre la marche naturelle des événements. On croit voir un fleuve remonter vers sa source ; l'ordre de la nature est troublé ; il n'y aura pas de représentation pour ce cas extraordinaire (1). Mais l'argument décisif est fourni par le critérium adopté par les rédacteurs du Code civil pour la détermination des successibles. La dévolution est organisée d'après l'affection présumée du défunt et la représentation admise au profit de ceux sur lesquels le défunt reporte son affection au cas de prédécès de l'intermédiaire. Or, on observe que l'affection ne remonte pas, le grand-père ne prend pas dans le cœur de l'enfant la place du père mort. Il n'y a pas pour les collatéraux autres que les frères et sœurs un article (2) aussi formel que l'article 744, pour les ascendants ; la solution adoptée par le Code n'est cependant pas douteuse, les collatéraux ne bénéficient pas de la représentation.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il s'agissait d'une succession légitime. Mais faut-il appliquer les mêmes princi-

1. V. Locré, t. V, p. 134, no 19.

2. Cf. art. 753 du Code civil.

pes dans les successions qui, avant la loi de 1896, étaient qualifiées d'irrégulières? Nous ne le pensons pas. La succession par représentation se présente dans le Code, comme nous l'avons déjà indiqué, avec un caractère un peu exceptionnel, de plus elle a été acceptée comme une fiction. Que ces idées soient critiquables, cela n'est pas douteux ; elles n'en sont pas moins celles du Code civil et on trouve dans ce caractère d'exception et de fiction un double argument pour ne pas étendre la représentation à des hypothèses qui n'ont pas été spécialement prévues par la loi. Nous reviendrons d'ailleurs sur la question en étudiant les conditions de la représentation et nous verrons que si les descendants légitimes de l'enfant naturel légalement reconnu peuvent représenter leur père, ni l'enfant naturel ni ses descendants naturels ne nous paraissent devoir être admis au bénéfice de la représentation.

Pour les motifs que nous donnons plus haut, la représentation nous paraît également devoir être exclue des successions qui sont déferées suivant des règles exceptionnelles, différentes des règles générales édictées par le Code civil. Telle est par exemple la succession aux parts de marais en Artois qui est encore régie par un édit du 25 février 1779 (1).

La représentation est organisée par les articles 739 à 744 qui se trouvent au titre I du livre III, c'est-à-dire

1. V. Pand. fr. V^e Succession, n^o 439 et V^o Commune, n^{os} 2392 et s.

dans la partie relative aux successions *ab intestat*. La représentation tient en effet une place importante dans l'organisation successorale *ab intestat*, elle atténue souvent les rigueurs auxquelles conduirait l'application stricte des principes adoptés, influe sur le jeu de tout le système, et toujours en modifie profondément les résultats. C'est donc surtout dans les successions *ab intestat* qu'est le domaine de la représentation ; mais est-ce là tout son domaine et la représentation n'a-t-elle aucune place et aucun rôle dans les testaments, dans les substitutions, dans l'institution contractuelle ? Il nous paraît nécessaire, avant de le rechercher, de bien préciser notre pensée. Il serait faux de dire que la représentation fonctionne dans les testaments ; et cette proposition formulée dans des termes aussi absolus et sans explications préalables serait une erreur certaine. Les enfants d'un légataire prédécédé ne peuvent pas venir réclamer par représentation de leur père le legs qui lui avait été fait ; il y a pour l'attribution des legs des règles spéciales auxquelles la théorie de la représentation reste totalement étrangère. La représentation n'est pas admise de plein droit dans la succession testamentaire, mais le testateur peut-il l'établir, l'étendre à des cas où la loi ne l'a pas organisée ? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse lorsqu'aucune règle particulière ne vient gêner le testateur, lorsqu'il a la libre disposition de ses biens, lorsque ne laissant pas d'héritiers réservataires il répartit ses biens entre des collatéraux.

Donc les clauses par lesquelles le disposant établit la représentation sont parfaitement valables ; mais leur légitimité reconnue, il faudra les interpréter. Les testaments sont souvent faits par des personnes ignorantes de la portée exacte des termes juridiques, souvent les clauses seront obscures et prêteront à des équivoques, il faudra les interpréter, s'efforcer de découvrir l'intention du testateur. C'est donc là plutôt une des faces de l'intéressante et difficile question de l'interprétation des testaments ; cependant il nous a semblé utile de relever quelques espèces et sans essayer de dégager une théorie d'ensemble ou d'établir des principes, de faire sur ces espèces quelques remarques et de signaler notamment la survivance de certains principes de droit coutumier « qui entrent pour ainsi dire dans le sang des populations et se transmettent d'une génération à l'autre comme un héritage ».

Un testateur avait dit « je veux que ma succession soit partagée entre mes cousins et petits-cousins, comme si j'étais leur oncle, et sans que les plus proches en puissent écarter les plus éloignés ». Des parents plus éloignés se basant sur la dernière partie de la disposition, firent valoir leurs droits et l'affaire fut portée devant le tribunal de Laval (1) dont la décision que nous allons rapporter fut confirmée par la Cour d'Angers et par la

1. Laval, 7 avril 1849. — Angers, 23 août 1849. — Ch. req., 12 août 1851. D. 1854. 5. 463 et 465.

Cour de cassation. Le tribunal décida que le testateur avait eu l'intention d'appeler à lui succéder par représentation, concurremment avec les cousins germains vivants, les enfants et descendants de cousins germains décédés avant lui, leur accordant les droits que l'article 742 du Code civil a conférés aux enfants des frères et sœurs. Et se basant sur les mots « cousins et petits-cousins comme si j'étais leur oncle », le tribunal repousse la prétention des parents plus éloignés. Puis il motive ainsi sa décision relativement à la représentation : le disposant étant né et ayant vécu pendant une grande partie de sa longue carrière, sous l'empire de la Coutume du Maine qui admettait la représentation à l'infini, n'a pas voulu que les descendants de ses cousins germains fussent privés de son héritage par suite des dispositions nouvelles du Code civil ne permettant la représentation en ligne collatérale qu'aux neveux et à leur postérité. L'intention du testateur était depuis longtemps arrêtée sur ce mode de partage de sa succession suivant divers documents non contestés au procès, principalement un autre testament olographe du 7 mars 1839, enregistré et déposé, dans lequel sans parler de ses cousins appelés par la loi, il dispose que ses petits-cousins prendront dans sa succession par droit de représentation de leur père ou mère aïeul ou aïeule, la part qu'y eût prise leur auteur s'il ne fut pas décédé avant lui, voulant le partage par souche comme en ligne directe.

Quand le testateur appelle à sa succession les enfants et les petits-enfants, ceux-ci succèdent-ils par tête ou par représentation ? Par un arrêt du 12 juillet 1827 (1), la Cour de Bruxelles, dans une espèce où le testateur avait institué les enfants et petits-enfants d'un sieur Pascal en ajoutant mes proches amis ; considérant que les petits-enfants n'étaient pas appelés individuellement mais collectivement en leur qualité de descendants et comme proches amis du défunt, décide qu'ils ne pouvaient venir à la succession que comme représentant leur mère. Sur d'autres espèces, la Cour a dans ses arrêts rendu des décisions analogues (2) et l'on peut dire que l'appel collectif implique en général la succession par représentation à condition toutefois que le testateur n'ait pas nettement manifesté son intention en ajoutant par exemple « par égale portion » ou une expression analogue qui indique que le testateur a voulu avantager individuellement et à titre égal chacun de ses descendants.

Les descendants de frères et sœurs jouissent du bénéfice de la représentation, mais le testateur peut régler leurs droits comme il l'entend : il peut établir le partage par tête, il peut aussi maintenir le droit de représentation en le modifiant. C'est ainsi que le testateur peut au lieu de laisser les neveux et nièces partager sa succession

1. Pasier., 1827, p. 246.

2. *Ibid.*, 1838, 2. 111 et 1839, 2. 183.

par souche comme représentant ses frères, les appeler par tête et décider ensuite qu'au cas de prédécès d'un de ses neveux ou nièces, le partage aura lieu par souche, ses descendants ne prenant à eux tous que la part qui lui aurait été attribuée s'il avait survécu (1). Une solution analogue a été acceptée par un arrêt du 11 janvier 1825 (2) dans lequel la Cour décidait qu'il ne fallait pas remonter jusqu'aux frères du défunt (ils étaient trois et prédécédés dans l'espèce) et partager l'héritité par tiers ; et que le partage devait avoir lieu par tête entre les parents issus de germains qui se trouvaient les plus proches ; les descendants de ceux qui étaient prédécédés ne devant d'ailleurs compter que pour une tête. Espèces étranges où l'on voit la représentation limitée, pour ainsi dire par le haut, en se rapprochant du défunt et dans lesquelles le partage a lieu par tête si l'on envisage l'ensemble des parents et si l'on remonte pour former les souches jusqu'à l'auteur commun ; et par souche par rapport à certains héritiers qui sont les descendants de ceux que l'on considère d'une manière fictive comme têtes de souches.

La représentation en ligne collatérale que les testateurs établissent entre leurs héritiers, donne lieu à de nombreuses difficultés. Un testateur dit « j'institue pour mes héritiers universels, tous ceux désignés par la loi

1. Liège, 4 déc., 1847. *Pasic.*, 1848. 2. 45.

2. Dalloz, *Répert.* V^e Succession, n^o 191, p. 206 en note.

tant du côté paternel que du côté maternel, j'y admetts en outre la représentation en faveur des enfants légitimes de mes héritiers susdits en cas de prédécès de leur père et mère ». Dans l'espèce, les héritiers étaient tous des parents collatéraux. Chacun des héritiers étant appelé à toute l'hérédité, chacun succédera pour le tout sauf le décroissement par le concours de ses cohéritiers. Ici intervient la clause de représentation ; qui doit en profiter ? Est-ce seulement les descendants des héritiers c'est-à-dire de ceux que la loi appelle à la mort du testateur ? C'eût été là une interprétation stricte et déraisonnable, car on ne voit pas pourquoi le testateur aurait appelé les enfants dont les parents décéderaient après la confection de son testament, tandis qu'il aurait exclu ceux dont les parents étaient déjà morts au moment où il testait. Comme le dit très bien le tribunal (1), on ne peut admettre que le testateur ait voulu repousser les orphelins qu'il connaissait lorsqu'il disposait et qu'il ait réservé sa sollicitude pour des enfants qui pourraient n'être jamais appelés à jouir du bénéfice de la représentation. La clause de représentation souleva un nouveau procès (2). Un petit enfant l'invoqua pour prendre la place de son aïeule. Sa prétention fut rejetée, car la représentation n'existe pas dans la loi en ligne collatérale, c'est donc une exception que le testateur établit ;

1. Bruxelles, 19 juin 1863. Pasic., 1863. 2. 256.

2. Bruxelles, 12 août 1864. Pasic., 1864. 2. 120.

pour en déterminer la portée, il faut donc s'attacher aux termes du testament, or le testateur ne parlait que des enfants de ceux qui seraient prédécédés à l'ouverture de la succession. Il fallait s'en tenir à ces termes, aller plus loin c'était dépasser la volonté du testateur.

Le Code civil a prohibé les substitutions (art. 896). Mais dans une autre partie du Code (art. 1048 à 1074), le législateur a en fait rendu possibles les substitutions se contentant d'imposer certaines conditions restrictives (1). La substitution est faite au profit des enfants nés et à naître du premier degré seulement, mais à la mort du grevé il se trouve des enfants du premier degré et des descendants d'un enfant prédécédé. Ceux-ci recueilleront par représentation la portion de l'enfant prédécédé (civ. 1051). La substitution s'ouvre, puisqu'il y a des enfants du premier degré ; il serait injuste, dans ce cas, que les enfants survivants recueillissent la part qu'aurait eue le prémourant s'il avait survécu ; la loi a donc dû accorder aux descendants du prédécédé le droit de le représenter. Mais que faut-il décider si tous les enfants du premier degré viennent à mourir ? Dans ce cas, la substitution devient caduque, puisqu'il n'y a plus d'appelés. Les descendants ne peuvent invoquer le bénéfice de la représentation pour exercer le droit qui résulte de la substitution, puisqu'il n'y a plus de substitution. Sans doute, la loi aurait pu étendre la

1. Cf. Planiol, III, p. 829, n° 3273.

fiction de représentation à cette hypothèse, mais elle ne l'a pas fait par haine pour les substitutions. En matière de succession, la représentation est admise à l'infini et dans tous les cas, parce que les successions sont regardées avec faveur par la loi. En matière de substitution, au contraire, la loi limite le bénéfice de la représentation parce que si elle les a admises elle ne les regarde pas moins avec défaveur (1).

Une institution contractuelle faite au profit de l'un des époux est toujours présumée faite également au profit des enfants à naître du mariage art. 1082, al. 2). De sorte que, sauf exclusion expresse des enfants, si le donataire meurt avant le donateur, la libéralité ne sera pas perdue pour ses enfants qui pourront en recueillir le bénéfice à sa place. Ceux-ci recueillent les biens en vertu d'un droit propre, ils viennent de leur chef et non comme héritiers de l'époux donataire ou par représentation : ils peuvent recueillir les biens compris dans l'institution contractuelle bien qu'ils aient eux-mêmes renoncé à la succession de leurs parents ; ils peuvent les recueillir de même, bien que leurs parents soient vivants et y aient renoncé ou aient été déclarés indignes (2). Mais quand l'un des enfants ou tous sont prédécédés laissant des descendants, comment se règlent leurs droits ? Faut-il appliquer à l'institution contrac-

1. V. Rouen, 23 juin 1848. D. 1849. 2. 162.

2. V. Planiol, III, p. 798, n° 3170 et p. 801 n° 3181.

tuelle les règles qui régissent les successions *ab intestat* ; y aura-t-il lieu au droit de la représentation ?

Laurent (1) montre que d'après la rigueur des principes cela ne se peut. Le Code, dit-il, définit la représentation une fiction (2) on, n'étend jamais les fictions elles sont de droit strict. La fiction de la représentation est fondée sur la volonté présumée du défunt, or les présomptions aussi sont de rigoureuse interprétation. On doit les écarter lorsqu'il s'agit de la volonté du défunt si le défunt a pu lui-même déclarer ses intentions ; on n'admet pas la représentation en matière de legs, on ne doit pas l'admettre en matière de donation, sauf au donateur à exprimer sa volonté. C'est sans doute la volonté probable du disposant, mais une probabilité ne devient une présomption que lorsque le législateur se fondant sur cette probabilité crée une présomption. « Encore perd-on de vue que la représentation dans les successions *ab intestat* n'a lieu qu'à l'égard des descendants et des neveux et nièces ; tandis que l'institution contractuelle peut être faite par un étranger ; donc en appliquant la représentation à la succession contractuelle on étend la représentation à des cas pour lesquels le législateur ne l'a pas établie ». Mais Laurent remarque ensuite que l'opinion contraire est très généralement admise, acceptée dans l'ancien droit elle sem-

1. Laurent. *Principes de droit civil*, t. XV. p. 274, n° 233.

2. Nous avons déjà combattu cette conception, mais on ne peut nier que ce ne soit celle du Code civil.

ble avoir été consacrée par le Code dont l'article 1082 appelle à l'hérédité les enfants et les descendants, c'est-à-dire rend possible le concours entre enfants de degrés inégaux et ici « l'analogie est évidente et elle est en faveur de la représentation. » Donc quand les enfants morts avant l'instituant ont laissé des descendant, ceux-ci doivent partager le bénéfice de l'institution avec les enfants survivants bien que ceux-ci soient au premier degré; le partage doit avoir lieu par souche et non par tête; et cela même au cas où tous les enfants du premier degré étant prédécédés l'institution serait recueillie par leurs descendants en degrés égaux ou inégaux (1).

1. Cf. Demolombe, t. XXIII, p. 351, n° 328, et les très nombreux auteurs cités (*Droit coutumier et Code civil*). — V. aussi Demante, t. IV, p. 490, n° 255 bis, IV.

CHAPITRE II

Conditions de la représentation

Nous avons vu dans quels ordres d'héritiers et dans quelles successions la représentation doit être admise ; mais, même dans ces limites, la représentation ne pourra fonctionner que si certaines conditions sont remplies : quelles sont ces conditions ? et comment les énumérer ? Certains auteurs distinguent, d'une part, les conditions relatives au représentant, d'autre part les conditions relatives au représenté. Ce plan a, à nos yeux, le tort de faire sienne la conception vicieuse du Code, d'après laquelle la personnalité du représenté a sur l'ouverture de la succession par représentation une influence déterminante, au même titre que la personnalité du représentant. De plus, il n'est pas très exact, puisque les deux grandes divisions qu'il prévoit, n'embrassent pas toutes les conditions et qu'il y en a parmi celles-ci, au moins une qui regarde à la fois le représentant et le représenté ; nous voulons parler du lien de parenté qui

doit unir le représentant au représenté ; sans doute on l'énonce d'ordinaire comme si elle était relative au représentant : « le représentant doit être le descendant du représenté » mais on pourrait, nous semble-t-il, dire aussi exactement « le représenté doit être l'ascendant du représentant ». Il faut qu'il y ait entre le représentant et le représenté un certain rapport et ce n'est pas par la manière de l'énoncer qu'on en peut changer la nature et en faire une condition relative à l'une ou à l'autre de ces deux personnes seulement.

D'autres auteurs, partant de cette idée, exacte d'ailleurs, que représenter c'est succéder, distinguent d'une part, les conditions générales, communes à la succession *ab intestat* normale et à la succession par représentation et d'autre part, les conditions spéciales à la succession par représentation. Ce mode d'exposition est-il plus heureux et doit-il être adopté? Nous ne le pensons pas car il manque aussi d'exactitude et de netteté. Les conditions générales sont au nombre de trois : il faut être vivant, capable, n'être pas indigne. Mais à qui demande-t-on de remplir ces conditions, est-ce au représentant ou au représenté? Prenons la première de ces conditions, il faut être vivant ; mais qui doit être vivant ce n'est pas le représenté puisque nous verrons qu'il doit au contraire être mort et que nous savons déjà que la règle *vivi nulla repræsentatio* est traditionnelle dans notre droit français. J'entends bien qu'on peut s'étonner de cette hésitation, et dire c'est l'héritier qui

doit avoir les qualités requises pour succéder, c'est le représentant, lui seul succède, lui seul doit remplir les conditions exigées. Appliquons cette théorie aux deux autres conditions générales ; c'est donc le représentant qui doit être capable, sans doute il doit l'être mais cela est-il suffisant et la capacité du représenté est-elle indifférente ? Nous verrons au contraire que le Code civil a fait de la capacité du représenté une condition décisive de l'ouverture de la succession par représentation. Et la troisième condition, n'être pas indigne ! Est-ce seulement le représentant qui doit encore remplir cette condition et l'indignité du représenté n'a-t-elle aucun effet ? Nous verrons que loin d'être indiscuté, ce point a fait l'objet d'une controverse célèbre. Mais l'indignité est une incapacité relative de succéder, ou est déclaré indigne par rapport à une succession et alors une nouvelle question se pose. De quelle succession s'agit-il, de laquelle faut-il ne pas avoir été exclu, est-ce de celle du *de cuius*, est-ce de celle du représenté ?

Nous croyons avoir montré par ces observations les défauts des deux plans indiqués, et il nous semble préférable d'exposer, sans chercher à établir des distinctions qui ne se justifient pas, et en suivant un ordre que nous croyons logique, les conditions de la représentation.

1° Le représentant doit être vivant ;

2° Le représentant doit être le descendant du représenté (1) ;

1. V. plus haut la critique que nous faisons de cette façon de s'expri-

3° Le représenté doit être mort ;

4° Le représentant doit être capable de succéder au *de cujus* ;

5° Il faut que le représenté ait été capable de succéder au *de cujus* s'il avait survécu ;

6° Il n'est pas nécessaire que le représentant soit l'héritier du représenté.

Le représentant doit être vivant au moment de l'ouverture de la succession à laquelle il prétend faire valoir ses droits. Cette règle n'a pas besoin d'explications : il faut de toute évidence exister pour pouvoir être sujet de droits ; cependant on considère comm^e déjà vivant l'enfant qui n'est encore que conçu et qui n'est pas encore né, toutes les fois qu'il y va de son intérêt (1). Nous compléterons donc notre première règle en disant : le représentant doit être vivant, ou tout au moins conçu, au moment de l'ouverture de la succession dont il s'agit.

Le représentant doit être le descendant du représenté, et par descendant il faut entendre les enfants à quelque degré qu'ils se trouvent, car la représentation a lieu comme nous le savons à l'infini en ligne directe descendante. Cette règle était déjà admise dans l'ancien droit et Lebrun (2) la formule et l'explique dans les ter-

primer ; nous l'employons cependant parce qu'elle est la plus répandue et pour une simple raison de commodité de langage.

1. Cf. Planiol, III, n^{os} 1707 s. I n^o 379.

2. *Successions*, liv. III, ch. V, sect. I, n^o 10.

mes suivants : « La représentation ne vient que de la liaison, pour ne pas dire de l'identité du père et du fils, et c'est pour cela qu'il n'y a que les enfants qui représentent, et que cela n'est jamais permis dans quelque cas que ce soit aux collatéraux. Ce droit a son fondement dans la nature qui fait une subrogation perpétuelle des enfants au père et rend un père mort dans la personne du fils qui lui survit. » On peut remarquer tout d'abord que notre règle s'explique par l'histoire : si l'on remonte en effet à l'origine lointaine de la représentation on voit qu'elle a été organisée en faveur des enfants ; si dans le droit des XII tables elle se présente surtout avec un caractère d'organisation familiale, on ne peut nier qu'elle profite aux enfants et à eux seuls. Et si l'idée que nous avons assignée comme base à la représentation, l'idée d'un droit égal pour toutes les souches est exacte, elle explique et justifie pleinement la règle d'après laquelle le représentant doit être le descendant du représenté.

Le représenté doit être mort : *vivi nulla repræsentatio*. Si le fils encore vivant a renoncé ou est exclu de la succession on tient son droit de succession et avec lui le droit identique du petit-fils pour épuisé, on dit que le représentant ne peut avoir plus de droits que le représenté ; et on ajoute que le vivant garde sa place dans la famille et qu'il ne reste par suite à un tiers aucune possibilité d'exercer son droit héréditaire basé sur son titre de membre de la famille. On attribue ce principe à

Dumoulin et à l'action qu'il a exercée sur le droit français en développant la coutume du Maine. L'erreur est sans doute plus ancienne mais l'influence de Dumoulin a sans contredit beaucoup contribué à l'ancrer dans notre droit. Il écrit sur l'article 241 de la coutume du Maine : « Rursus nota quod representatio nunquam est de persona vivente sed tantum de parente mortuo naturaliter vel civiliter. Itaque matre repudiante filii ejus non possunt venire per representationem etiam in linea directa ; sed bene venient jure suo ex successorio edicto si sint proximiores in gradu vel œque propinqui cum aliis succedentibus vel reproesentantibus concurrando ». Et on voit par ce passage avec quelle mesure il a manié ce faux principe ; une interprétation extrême de ce principe aurait en effet eu pour conséquence de faire décider que les enfants du renonçant seraient exclus par les enfants du prédécédé sous prétexte qu'en vertu du droit de représentation les enfants du mort pouvaient venir à sa place et qu'il n'en était pas de même des enfants du renonçant. Le fondement que Dumoulin donne à cette modération est très sensé ; la tendance du droit de représentation étant de donner une situation égale malgré des degrés inégaux, cette tendance aurait été contredite si on avait rendu inégaux des degrés égaux. Les auteurs postérieurs moins prudents que Dumoulin déduisirent sans hésiter, du principe, la conséquence fâcheuse que nous indiquons plus haut. Nous la trouvons dans Lebrun, Pothier, Merlin,

et les décisions des parlements (1). Les rédacteurs du Code civil non contents d'adopter l'erreur de Pothier l'aggravèrent encore. La règle développée a pour conséquence que les petits-fils de plusieurs renonçants partagent par tête car le partage par souche est la suite de la représentation (arg. art. 743) et on ne peut pas parler de représentation quand il s'agit seulement de gens renonçants. Un semblable résultat ne pouvait pas être accepté par le bon sens de Pothier et il avait construit pour ce cas un droit de représentation partiel, la représentation à l'effet simplement de partager. Ces tempéraments ne sont pas passés dans le Code civil ; dans le cas de refus du fils, les petits-fils sont appelés en vertu d'un droit propre par tête (art. 787) et si nous considérons l'œuvre des rédacteurs du Code civil nous voyons qu'ils n'envisagèrent aucune considération pratique et qu'ils ont été hantés par la vieille tradition (2) *non repræsentatur vivus*.

Dans les discussions du 9 nivôse an XI, nous trouvons le passage suivant (3) : l'article 75 du projet (787 actuel) est à l'ordre du jour. Jollivet estime que l'article peut conduire à des compromissions frauduleuses avec les cohéritiers, car si un frère qui a plusieurs enfants renonce, alors les enfants du frère partagent par tête avec les enfants du frère décédé, qui peuvent ainsi avoir

1. V. notamment Merlin, Rep. v° R. ch. IV, § 12.

2. Cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 375.

3. Loqué, t. X, p. 111 et 112.

une part moindre. C'est l'hypothèse classique, le frère A a 10 enfants tandis que le frère prédécédé n'en a que 2 ; si maintenant A, qui est appelé pour une moitié avec ses neveux, renonce, alors on se demande si ses neveux vont hériter par souche ou par tête. car dans ce dernier cas les 10 enfants du renonçant auraient dix douzièmes, les 2 enfants du mort deux douzièmes. Jolivet avait adopté pour ce cas la solution de Dumoulin d'après laquelle on faisait concourir les enfants du renonçant avec les enfants du prédécédé ; mais les rédacteurs du Code ne voulaient pas de la solution de Dumoulin : lors de la renonciation du frère, ses neveux qui avaient pris le rang du frère prédécédé devaient exclure les enfants du renonçant.

Cependant Treilhard disait : « En outre il a été arrêté que le partage se ferait par souche quand les héritiers ne seraient pas au premier degré. » Cela signifiait, semble-t-il, qu'on aurait dû faire venir les enfants du renonçant de la même façon que les enfants du prédécédé, c'est-à-dire à la place de leur père et alors le partage aurait eu lieu par souche ; les enfants du renonçant et les enfants du prédécédé seraient venus pour moitié, ce qui aurait été une façon satisfaisante de régler la question.

Pourquoi ne l'a-t-on pas acceptée ? Pourquoi n'a-t-on pas fait venir par souche les enfants du renonçant avec les enfants du prédécédé ? Sur une question de Camba-

cérès, Berlier (1) répond qu'il est impossible d'admettre les enfants du renonçant dans l'espèce particulière à quelque titre que ce soit. S'ils étaient admis de leur chef, il a été reconnu que la renonciation du père pourrait souvent intervenir pour bénéficier à ses enfants et nuire à ses cohéritiers. Mais les admettra-t-on à prendre la simple part qu'aurait eue leur père sans la renonciation ? Berlier, en reconnaissant que la représentation n'offrirait plus matière aux mêmes fraudes, ne croit pas néanmoins qu'elle puisse être adoptée : car d'une part on ne représente pas un homme vivant et d'autre part on ne peut exercer un droit consommé par la personne sur la tête de laquelle il reposait tout entier. La première de ces règles est un pur lieu commun, la deuxième est une simple pétition de principe car on présume ainsi que le droit des enfants s'identifie avec celui des parents et c'est là ce qu'il fallait précisément démontrer.

Berlier continue en comparant la situation des enfants à celle des créanciers : si ceux-ci, dit-il, sont admis à exercer les droits de leur débiteur jusqu'à concurrence de leurs créances et nonobstant sa renonciation, c'est en quelque sorte la revendication de leur propre chose et c'est aussi parce qu'en plus d'une occasion la renonciation pourrait être frauduleuse envers eux. Or ni l'un ni l'autre de ces motifs n'existent pour les enfants du renonçant : 1^o ils n'ont pas les droits de leur père vi-

1. Locré, t. X, p. 112.

vant ; 2° il répugne de supposer que celui-ci veuille agir à leur détriment en usant de son droit personnel comme il lui plaît. Mais la comparaison ainsi faite n'est pas exacte et on ne peut pas mettre les deux situations en parallèle non pas pour les raisons données par Berlier mais parce que les créanciers exercent les droits de leur débiteur et les enfants leurs droits propres.

Chabot (1) dit aussi au Tribunalat que « l'article décide d'une manière conséquente aux principes de la représentation et conformément à la jurisprudence la plus suivie » et Siméon(2) : « On ne représente pas une personne vivante car on ne peut pas occuper une place qu'il remplit. Il aurait beau ne vouloir pas user des droits qu'elle lui donne : dans ce cas il y renonce, il les abjure : sa renonciation nuit à ceux qui le représenteraient. » Et ce sont toujours les mêmes embarras dans les mêmes préjugés, jamais on ne considère le point de vue pratique. Et parmi les auteurs postérieurs on ne trouve pas de critique sérieuse de ce vice organique du Code civil (3), Demolombe (4) cependant se révolte devant les conséquences auxquelles conduit l'application exagérée de la règle *vivi nulla repræsentatio* : « Il est permis suivant nous de penser que la règle que l'on ne représente pas les personnes vivantes, amenée à ce

1. Locré, t. X, p. 228.

2. *Ibidem*.

3. Hureau, *Traité du Droit de Successions*, I, n° 16, p. 120.

4. Demolombe, XIII, n° 402, p. 469.

point et dans ces dernières applications, ne présente pas, à beaucoup près, au même degré, ce caractère de raison et de nécessité par lequel on a, dès longtemps, entrepris de la justifier ; et on comprendrait assurément fort bien une règle toute contraire. » Cependant notre règle trouve encore parmi les juristes récents des défenseurs ardents ; c'est ainsi que Laurent écrit : « La représentation n'est qu'une fiction ; ce n'est pas un mode de succéder admis par le droit commun. Or la fiction n'a de raison d'être que si l'enfant le plus proche en degré est prédécédé laissant des descendants ; c'est pour que ceux-ci ne soient pas exclus que la loi leur accorde le bénéfice de représenter leur père. Si le père survit et renonce il n'y a plus lieu de recourir à une fiction puisque l'on reste dans la réalité des choses. Le successible a survécu, il a été saisi, il a usé de son droit : peut-il être question d'exercer les droits d'une personne en son lieu et place alors qu'elle-même les a exercés ? (1) » Nous aurons l'occasion, en faisant la critique d'ensemble de la représentation telle qu'elle est organisée dans le Code civil, de montrer le peu de valeur de ces arguments.

Le représentant doit être capable de succéder au *de cuius*. En d'autres termes, celui-là seul peut succéder par représentation qui serait apte à succéder de son chef s'il se trouvait être l'héritier le plus proche en

1. Laurent. *Principes*, t. IX, n° 71, p. 83.

degré (1). Le représentant doit avoir une vocation personnelle, être capable et n'être pas indigne. Remarquons qu'il n'y a plus dans notre droit actuel qu'une seule cause d'incapacité : elle concerne les enfants simplement conçus au moment de l'ouverture de la succession et qui naissent ensuite morts ou non viables (2). Ce n'est pas ici le lieu de donner des développements sur l'indignité, le seul point qui soulèvera quelques difficultés sera celui de la vocation personnelle du représentant. Nous pouvons tout d'abord noter que notre règle est essentielle, c'est le représentant qui succède, c'est en lui que doivent se trouver réunies les conditions requises pour succéder, et l'on peut regretter d'une part que la loi n'ait pas indiqué nettement ce point et d'autre part qu'elle ne s'en soit pas tenue là. C'est en effet la personnalité du représentant qui importe, c'est elle qui aurait dû rester l'élément dominant, unique, déterminant. Il était logique d'exiger du représentant la capacité de succéder au *de cujus*, il est complètement faux de la demander au représenté et ce point de départ inexact conduit à des conséquences iniques.

Dans la famille légitime il n'y a pas de difficultés, le petit-fils issu d'un fils prédécédé vient en concours avec ses oncles à la succession de son aïeul par représentation de son père. Le lien de parenté existe, la vocation

1. Cf. Baudry, *Précis*, II, p. 43, n° 69.

2. Cf. Planiol, III, p. 329, n° 1724.

est certaine. Mais que décider dans les cas de parenté fictive, irrégulière, que la loi ne reconnaît que d'une façon incomplète et qu'elle considère avec défaveur ? Nous aurons à envisager deux cas : celui des enfants naturels et celui des enfants adoptifs.

Et avant d'aborder l'étude de la première hypothèse il nous semble utile d'indiquer qu'il ne sera question que des enfants naturels légalement reconnus, les seuls que la loi connaisse au point de vue successoral ; en effet quand la parenté naturelle est adultérine ou incestueuse le droit de succession disparaît, la loi n'accorde plus que des aliments (art. 762).

Dans notre ancien droit les enfants qui n'étaient pas nés d'un mariage légitime étaient considérés comme n'appartenant à aucune famille (1), ils n'avaient par suite le droit de succéder à personne si ce n'est à leurs propres enfants légitimes. C'était là le droit le plus généralement pratiqué, de rares coutumes y faisaient exception et l'adage célèbre « bâtards ne succèdent point » rend assez exactement compte de la condition des enfants naturels au point de vue successoral dans notre ancien droit. Le législateur révolutionnaire, justement choqué de la dureté de la loi à l'égard des enfants naturels et sous l'influence des idées des philosophes du xviii^e siècle et notamment de Rousseau (2), s'engagea dans une voie absolument con-

1. Certaines coutumes admettaient cependant les bâtards à la succession de leur mère, notamment Valenciennes, art. 121.

2. Cf. Planiol, III, n^o 1821 s. p. 356.

traire : la loi du 12 brumaire an II donna aux enfants naturels les même droits de successibilité qu'aux enfants légitimes. Cette même loi donnait aux enfants adultérins des droits héréditaires, égaux au tiers de la portion à laquelle ils auraient eu droit s'ils étaient nés dans le mariage ; c'était évidemment aller trop loin et si dignes d'intérêt que soient les enfants naturels on ne saurait sans imprudence négliger à ce point la famille légitime basée sur le mariage. Aussi dès la rédaction du Code civil une réaction se dessina contre le système de la loi de brumaire : on refusa aux enfants naturels la qualité d'héritiers (art. 756 ancien) et on en fit des successeurs irréguliers c'est-à-dire privés de la saisine ; leur part fut également réduite de façon à établir une différence marquée entre eux et les enfants légitimes et le chiffre qu'on adopta fut en principe celui qui avait été appliqué par la loi de l'an II aux enfants adultérins. Le système du Code était-il assez libéral ? Il est permis d'en douter ; en tout cas un mouvement se dessina dans l'opinion et dans les mœurs, favorable au relèvement des droits successoraux de l'enfant naturel ; le mouvement a abouti à la loi du 25 mars 1896 qui a dans une large mesure donné satisfaction aux tendances qui s'étaient manifestées. Cette loi a d'une part changé le titre de l'enfant naturel dont elle a fait un héritier légitime, d'autre part augmenté la quotité des droits de l'enfant naturel et élevé le chiffre de sa réserve (1).

1. Pour les détails de la loi et son mécanisme v. Planiol, III, n° 1829

Au point de vue spécial qui nous occupe la question se présente sous un double aspect. L'enfant naturel acquiert des droits successoraux par la reconnaissance mais sera-t-il capable de succéder par représentation ? En second lieu l'enfant naturel peut avoir des enfants, il faut déterminer leurs droits : d'où deux questions qu'il faut résoudre : l'enfant naturel peut-il représenter ? l'enfant naturel peut-il être représenté ?

L'enfant naturel peut-il représenter son père (auteur de la reconnaissance) dans la succession du père ou plus généralement d'un ascendant de celui-ci ? La solution n'est pas douteuse : l'article 757 (756 ancien) dispose en effet : « La loi n'accorde aucun droit aux enfants naturels sur les biens des parents de leur père ou de leur mère. » La reconnaissance n'établit de lien qu'entre son auteur et l'enfant naturel qui en est l'objet ; les parents de son père restent pour lui des étrangers, la famille commence et finit pour l'enfant naturel, dans la ligne ascendante, à son père. Il n'a aucune vocation personnelle à la succession des ascendants de son père, il ne leur succéderait pas de son chef, il ne peut pas davantage leur succéder par représentation.

En second lieu les enfants de l'enfant naturel peuvent-ils le représenter ? Remarquons d'abord que la question peut seulement se poser pour la succession du père ou

et s. Indiquons seulement que la part de l'enfant naturel varie selon la qualité des parents légitimes qu'a laissés son père ou sa mère.

de la mère de l'enfant naturel et non pour celle des autres ascendants, nous venons en effet de voir que l'enfant naturel n'a des droits successoraux que sur la succession de son père (ou mère) et qu'il ne saurait prétendre à rien dans la succession des autres ascendants, ses descendants ne peuvent avoir plus de droits que lui; ils n'arrivent ni de leur chef ni par représentation à la succession des ascendants (autres que ceux du premier degré) de l'enfant naturel.

La question se réduit donc au point de savoir si les descendants de l'enfant naturel peuvent le représenter dans la succession de son père. L'article 761 (759 ancien) répond à cette question : « En cas de prédécès des enfants naturels, leurs enfants et descendants peuvent réclamer les droits fixés par les articles précédents ». L'article est formel et les mots « enfants et descendants » sans aucune limitation montrent que, ici aussi, la représentation a été admise à l'infini. Elle a lieu aussi dans les mêmes cas et s'exerce de la même manière qu'en succession légitime, car les motifs sont les mêmes et l'article 761 ne fait aucune distinction aucune exception. Nous pouvons tirer en outre de l'article 761 la conséquence suivante : puisque les enfants de l'enfant naturel peuvent succéder par représentation à ses parents, ils peuvent aussi leur succéder de leur chef puisque la succession par représentation suppose une vocation personnelle du représentant, donc au cas de renonciation ou

d'indignité de l'enfant naturel, ses descendants peuvent venir de leur chef à la succession de ses parents.

Mais l'article 761 parle des enfants et descendants de l'enfant naturel : faut-il y comprendre les descendants naturels de l'enfant naturel comme on l'a proposé quelquefois, ou faut-il seulement entendre par là les descendants légitimes de l'enfant naturel. C'est à cette dernière opinion (1), la plus généralement adoptée d'ailleurs, que nous nous rallions. L'article 757 que nous avons commenté plus haut fournit à notre thèse un argument très fort ; les enfants naturels n'ont aucun droit à la succession des parents de leur père ou mère, ils n'ont pas de vocation personnelle, ils ne peuvent donc pas plus venir par représentation qu'ils ne pourraient venir de leur chef s'ils étaient les plus proches en degré.

L'opinion contraire est basée sur les travaux préparatoires (2) qui présentent en effet une certaine ambiguïté et notamment sur une phrase de Cambacérès, prononcée juste avant l'adoption de l'article ; mais on ne peut, à notre avis, tirer de là aucune conclusion solidement établie. D'ailleurs les conséquences auxquelles conduirait l'adoption de ce principe en démontrent suffisamment l'inexactitude ; nous avons vu en effet que l'enfant naturel d'un enfant légitime ne peut pas

1. V. dans ce sens Baudry. *Précis*, II, p. 71, n° 111. — Planiol, III, p. 362, n° 1841.

2. Loqué, t. X, p. 30.

représenter celui-ci dans la succession de son père ; allons-nous maintenant admettre que l'enfant naturel d'un enfant naturel pourra représenter celui-ci dans la succession de son père et reconnaître ainsi à ce dernier une sorte de supériorité sur l'autre ? L'enfant naturel issu d'un enfant naturel doit-il être mieux traité que l'enfant naturel issu d'un enfant légitime ? Poser une telle question c'est la résoudre. Remarquons en outre qu'il est complètement inexact de parler de « famille naturelle ». La loi ne reconnaissant la parenté naturelle que d'une manière restreinte et avec des effets limités ; par conséquent on ne peut non plus baser les droits de l'enfant naturel sur sa situation dans la « famille naturelle » ; la loi ignore le grand-père naturel, comment pourrait-elle donner dans sa succession des droits à son petit-fils naturel ?

Voilà donc les limites dans lesquelles la représentation est admise au profit des héritiers naturels ; mais si la loi de 1896 a donné aux enfants naturels un titre égal à celui des enfants légitimes, elle ne leur a reconnu que des droits moins élevés ; le principe d'après lequel le représentant ne doit pas avoir plus de droits que le représenté s'appliquera ici et le descendant légitime de l'enfant naturel, venant par représentation à la succession de son grand-père, ne pourra y prendre en concours avec des enfants légitimes ou leurs représentants que la part moins élevée à laquelle l'enfant naturel aurait lui-même pu prétendre.

Nous allons envisager maintenant le cas de l'enfant adoptif. « L'adoption est un *contrat* solennel soumis à l'approbation de la justice qui crée entre *deux personnes* des relations analogues à celles qui résulteraient de la filiation légitime. Toutefois la parenté fictive qui résulte de l'adoption n'imité que d'une manière très imparfaite la parenté véritable, ses effets sont beaucoup moins étendus et beaucoup moins nombreux, et dans la pratique son seul résultat sérieux est de donner *un héritier ayant tous les droits d'un fils* aux personnes qui n'ont pas d'enfant » (1). Voilà mis en lumière les deux caractères essentiels de l'adoption : d'une part c'est un contrat qui n'a d'effet qu'entre deux personnes (2), en principe, d'autre part l'adoption fait de l'enfant adoptif un héritier ayant tous les droits d'un fils (cf. art. 350). C'est de l'opposition entre ces deux caractères qu'est née une controverse célèbre et qui n'est pas encore définitivement tranchée ; et l'effort des deux partis aura pour but d'établir la prééminence de l'un de ces caractères sur l'autre. Si le caractère contractuel prédomine, l'adoption n'aura d'effet qu'entre l'adoptant et l'adopté ; si l'on veut assurer à l'adopté tous les droits d'un fils il faudra admettre que l'adoption produit certains effets relatifs aux descendants de l'adopté. Comme nous l'avons déjà fait pour l'enfant naturel nous aurons ici à résoudre deux questions :

1. Planiol. I, n° 1569, p. 505.

2. *Ibid*, n° 1599, p. 512.

1° L'adopté peut-il représenter ?

2° L'adopté peut-il être représenté ?

La première de ces questions ne présente pas de difficultés et les auteurs sont à peu près unanimes à admettre que l'adopté ne peut pas représenter l'adoptant dans la succession des ascendants de celui-ci. L'adoption se présente comme un contrat entre l'adoptant et l'adopté, c'est entre eux qu'elle doit produire ses effets. L'adoption crée entre l'adoptant et l'adopté une parenté fictive, mais si la loi autorise ainsi, d'une manière tout à fait exceptionnelle, l'adoptant à se donner un fils, il faudrait pour que celui-ci soit considéré comme le petit-fils de l'adoptant une disposition formelle de la loi : nous n'en trouvons pas. Bien mieux l'article 348 nous apprend que l'adopté restera dans sa famille naturelle et n'entrera pas dans la famille de l'adoptant ; et l'article 350, plus formel encore, dispose : « L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant. » Donc l'adopté n'a aucune vocation personnelle, aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant ; il ne pourrait pas arriver de son chef à leur succession s'il était le plus proche en degré, il ne pourra pas davantage y venir par représentation de l'adoptant.

Mais l'adopté acquiert par l'adoption des droits successoraux sur les biens de l'adoptant, ces droits « sont les mêmes que ceux qu'y aurait l'enfant né en mariage ». Au point de vue de la quotité il n'y a aucun

doute, l'enfant adoptif concourt avec les enfants légitimes et réduit la part de l'enfant naturel comme le ferait un enfant légitime. Au cas de prédécès de l'enfant légitime, celui-ci peut être représenté par ses descendants : en sera-t-il de même de l'adopté ? et si l'on décide la négative est-ce qu'on aura réellement donné à l'enfant adoptif les mêmes droits qu'à l'enfant né en mariage ? La question est extrêmement controversée et cela se conçoit car il paraît difficile sinon impossible de donner ici une solution qui s'impose à l'esprit et quelque parti que l'on prenne on se trouve en présence de graves objections auxquelles il est malaisé de répondre. On peut ranger en trois groupes les diverses opinions qui se sont produites sur notre question : dans un premier système on accorde aux descendants de l'adopté les mêmes droits de succession qu'à l'adopté lui-même sur les biens de l'adoptant. C'est là la vraie question : le descendant de l'adopté peut-il succéder à l'adoptant, a-t-il une vocation ? Si on répond par l'affirmative la solution de notre question n'est plus douteuse : le descendant de l'adopté peut évidemment arriver à la succession de l'adoptant par représentation de l'adopté. Ce premier système est celui de la jurisprudence (1), il a été également soutenu par des auteurs excellents (2) ;

1. Cass. 2 déc. 1822. *Jurispr. Gén.* V. Adoption 186. — Cass. 10 nov. 1869. D. 70. 1. 209. Rapport Dagallier. V. aussi D. 36. 2. 63 et note.

2. Proudhon annoté par Valette, *Etat des Personnes*, t. II, p. 214. —

c'est pourquoi nous n'avons pas adopté le plan le plus généralement suivi qui consiste à opposer la théorie de la jurisprudence à celle de la doctrine.

Un second système dénie aux descendants de l'adopté tout droit sur la succession de l'adoptant, ce système peut-être le plus exact, si l'on ne considère que la rigueur du droit, a été soutenu par les plus grands noms de la doctrine (1) : nous verrons qu'il conduit à des résultats pratiques regrettables.

Un troisième système, dont Merlin (2) est le protagoniste le plus connu, fait une distinction entre les enfants de l'adopté : les enfants et descendants nés depuis l'adoption peuvent succéder à l'adoptant tandis que ceux qui sont nés avant l'adoption n'ont aucun droit sur ses biens. Merlin fonde cette distinction sur ce que les enfants nés depuis l'adoption portent seuls le nom de l'adoptant ajouté à celui de leur famille naturelle. Cette base ne paraît pas très solide et la distinction proposée par Merlin ne semble pas très justifiée. On comprend mal que les enfants nés avant l'adoption

Toullier, t. II, n° 1015. — Duranton, t. III, n° 314. — Marcadé sur les art. 350 n° 4 et 744 n° 3. — Taulier, *Théorie du Code civil*, t. II, p. 450. — Zachariæ § 660. — Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 354, n° 15.

1. Delvincourt, t. I, p. 258. — Demolombe, VI, n° 141. — Valette, p. 196 et s. — Aubry et Rau, t. VI, § 360, n° 6. — Laurent, IX, n° 82 et s. — Lyon-Caen, note Sirey, 68. 2. 161. — Beudant, II, 675. — Hureaux, I, 18.

2. *Questions de Droit*, Vo Adoption, n° 7.

c'est-à-dire qui ont été connus de l'adoptant et très vraisemblablement chéris de lui soient plus mal traités que ceux qui naissent après l'adoption : s'il fallait établir une différence, on serait plutôt tenté de la faire en faveur des enfants nés avant l'adoption. Ce système est d'ailleurs à peu près complètement abandonné aujourd'hui et nous ne l'avons rappelé que pour mémoire.

Le premier système, qui est celui de la jurisprudence, repose en droit sur les articles 347 à 352 : il résulte de ces articles, dit l'arrêt précité de 1869, « que l'intention du législateur n'a pas été de restreindre à la seule personne de l'adopté les effets de l'adoption, mais au contraire de créer à l'adoptant une descendance adoptive ou civile ». Les enfants de l'adopté portent le nom de l'adoptant, or le nom est le signe légal et la conséquence nécessaire de la filiation civile. C'est l'argument de Merlin, mais la Cour de cassation n'admettant pas la distinction proposée par cet auteur l'argument perd encore de sa valeur. De plus on peut remarquer que l'adopté et ses enfants ne prennent pas le nom de l'adoptant, ils l'ajoutent simplement au leur. Ce nom est aussi celui des ascendants de l'adoptant, cependant malgré cela personne ne songe à soutenir que l'adopté devient le petit-fils du père de l'adoptant. La Cour dit encore que l'adoptant qui transmet son nom aux descendants de l'adopté doit aussi leur donner le moyen de le porter avec éclat ; il est inutile de souligner la faiblesse d'un tel argument.

La Cour essaie encore de tirer un argument des prohibitions de mariage édictées par l'article 348 entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants. Mais si l'on doit conclure de la prohibition du mariage entre l'adoptant et les descendants de l'adopté que ceux-ci sont les « descendants civils » de l'adoptant, il faudra dire aussi qu'il existe un lien de parenté entre l'adopté et les enfants qui pourront survenir à l'adoptant, et encore entre l'épouse de l'adoptant et l'adopté ; osera-t-on dire qu'il y a entre ces personnes des droits de succession ? En réalité l'article 348 ne prouve rien en faveur du droit des enfants de l'adopté et s'il édicte des prohibitions de mariage entre certaines personnes c'est pour obéir à des considérations d'un ordre beaucoup plus général et tout à fait étrangères à notre question

La Cour soutient encore en se basant sur l'article 349 que l'obligation alimentaire existe entre l'adoptant et les descendants de l'adopté, que c'est là la preuve de l'existence d'un lien de parenté et du droit de succession des descendants de l'adopté sur les biens de l'adoptant. Mais on ne peut encore suivre sur ce terrain la Cour suprême car pour admettre son raisonnement il faudrait que l'obligation alimentaire soit étendue par la loi elle-même aux descendants de l'adopté, or il n'en est rien et l'article 349 ne mentionne comme tenus réciproquement de l'obligation alimentaire que l'adoptant et l'adopté.

L'article 350 est invoqué en sens contraire par les

deux partis en présence : cet article, d'une part, reconnaît à l'adopté les mêmes droits qu'à un enfant né en mariage ; or l'enfant, légitime a le droit d'être représenté par ses enfants, il doit en être de même de l'adopté. Remarquons qu'il n'est pas exact de considérer la représentation comme un droit du représenté et qu'il est également faux de déduire la vocation héréditaire des enfants de l'adopté du fait qu'ils peuvent représenter l'adopté. Il faut au contraire prouver d'abord que les descendants de l'adopté ont des droits sur la succession de l'adoptant ; on n'est pas héritier parce qu'on représente ; c'est parce que l'on est capable de succéder qu'on peut venir à une succession par représentation. L'article 350 dispose d'autre part : « L'adopté n'acquerra aucun droit de successibilité sur les biens des parents de l'adoptant », il en est ainsi parce que l'adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant, les parents de celui-ci, étrangers au contrat d'adoption, n'en ressentent pas les effets. Les partisans du deuxième système tirent de là un argument d'analogie, de même, disent-ils, les descendants de l'adopté sont étrangers au contrat, ils doivent par cela seul rester étrangers aux conséquences qui en résultent.

Enfin dans le premier système on fait intervenir les articles 351 et 352 qui organisent le droit de retour de l'ascendant donateur. C'est à titre de succession, dit-on, que l'adoptant reprend, dans l'hérédité des descendants de l'adopté, les biens qu'il avait donnés à leur père ; il

est donc, quant à ces biens, héritier des descendants de l'adopté ; or l'adoptant peut-il être héritier des descendants de l'adopté, sans que ceux-ci soient considérés comme ses propres descendants (1) ? Cet argument n'est encore pas décisif : on peut en effet remarquer que les enfants survenus à l'adoptant après l'adoption reprennent aussi les biens donnés par lui dans la succession de l'adopté mort sans postérité. On ne peut cependant pas dire qu'ils exercent ce droit comme héritiers et qu'ils sont les parents de l'adopté.

Nous voyons donc par la revue des arguments présentés à l'appui du premier système que celui-ci ne paraît pas très fondé et qu'au point de vue strict des principes il devrait peut-être être repoussé. Ce ne sont du reste pas les arguments précités qui ont entraîné la jurisprudence ; on s'aperçoit, à la simple lecture des arrêts, qu'ils ne sont pas déterminants, par la place beaucoup plus grande qui y est faite à des arguments d'un ordre différent, à des arguments purement moraux. Un premier point nous paraît certain : la jurisprudence a subi l'influence du fait que la plupart des adoptés sont des enfants naturels (2) et que par suite l'adoption établit, dans la majorité des cas, la parenté civile entre des personnes qui sont déjà en fait parentes par le sang. La jurisprudence s'est préoccupée aussi

1. Cf. Proudhon, annoté par Valette t. II, p. 214.

2. Cf. Laurent. *Principes*, t. IX, p. 96, n° 82.

et à juste titre des résultats pratiques de la décision prise, « les demandeurs en cassation traitent avec quelque dédain ce qu'ils appellent des considérations morales et des hypothèses sentimentales ; je ne suis pas de leur avis ; et il me paraît au contraire que lorsqu'un texte est obscur ou insuffisant on ne saurait l'éclairer d'une manière plus saine qu'à la lumière des considérations de morale et d'équité, dont on ne doit pas facilement supposer que le législateur ait entendu s'écarter, et c'est souvent par les résultats que doivent entraîner l'une ou l'autre solution d'une difficulté pendante qu'on peut discerner quelle a été la véritable intention de la loi » (1). Voilà l'explication des arrêts ; les magistrats de la Cour suprême ont avant tout voulu faire œuvre pratique, ils ont sacrifié le droit à l'équité. Même si, comme on l'a soutenu (2), l'idée d'une famille adoptive fut rejetée par le Conseil d'Etat et si ce n'est pas là la théorie du Code civil, est-il possible d'admettre que quand une personne est adoptée par une autre elle entre au nouveau foyer qui lui est ouvert en « laissant ses enfants nés ou à naître à la porte » ? L'adoption serait presque un acte immoral si ses effets s'arrêtaient à la personne même de l'adopté, si un père pouvait, encouragé par la loi, délaisser sa famille pour courir à un sort meilleur (3). Et le rapporteur continue les yeux toujours

1. Rapport de M. le conseiller Dagallier, D. 70. I. 211.

2. V. notamment Laurent, IV, p. 271, n^{os} 190-193.

3. Rapport Dagallier, *loc. cit.*

fixés sur des espèces pratiques en montrant la situation pénible et injuste qui sera faite au descendant de l'adopté si on ne lui reconnaît pas de droits sur la succession de l'adoptant : il a vécu au foyer de l'adoptant, il a devant lui un large avenir ; mais que son père disparaisse et ses espérances très légitimes disparaissent également ; il n'est plus en face de l'adoptant qu'un étranger que celui-ci peut rejeter, qui n'a vis-à-vis de lui aucun droit.

Ces conséquences seraient indiscutablement choquantes et il semble bien difficile de ne pas approuver l'œuvre progressive de la jurisprudence : « Elle a ainsi complété la loi en suivant les indications du législateur lui-même, qui transmet le nom de l'adoptant aux enfants de l'adopté et les principes généraux qui font passer aux enfants d'un enfant légitime tous ses droits successoraux ; l'adopté n'acquerrait pas sur la succession de l'adoptant tous les droits d'un enfant légitime s'il ne pouvait pas les transmettre à ses enfants (1). » C'est d'ailleurs dans le sens de la jurisprudence que se produit l'évolution du droit ; c'est ainsi que Laurent, qui dans ses *Principes* s'est montré le défenseur inflexible du système qui dénie aux descendants de l'adopté tout droit dans la succession de l'adoptant, change d'avis lorsqu'il devient législateur. L'alinéa 2 de l'article 786 (2) de son

1. Planiol, III, p. 353, n° 1910, *in fine*.

2. L'article 786 de l'avant-projet correspond à l'article 745 de notre Code civil français.

avant-projet dispose : « Sous le nom d'enfants sont compris les enfants légitimés et adoptifs et leurs descendants. » Et rappelant la controverse née de l'article 350, Laurent rappelle son opinion en tant qu'interprète mais approuve les résultats pratiques de la jurisprudence, « fait considérable dont il faut tenir compte ». Laurent cite également dans le sens de l'avant-projet et ayant comme lui consacré la théorie de la Cour suprême le Code civil italien. Le nouveau Code civil allemand admet aussi une théorie analogue et fait une assimilation complète de l'adopté à l'enfant légitime de l'adoptant. Il distingue cependant entre les descendants de l'adopté et ceux qui sont nés après l'adoption ne viennent à la place de l'adopté que si ce droit leur a été conféré par le contrat d'adoption lui-même (1).

Le nouveau Code civil suisse (2), le monument législatif le plus récent, consacre le droit successoral des descendants de l'adopté sur les biens de l'adoptant d'une façon formelle « l'adopté et ses descendants ont envers l'adoptant le même droit de succession que les descendants légitimes » (art. 465, al. 1). La même idée avait déjà été admise par le projet de 1904 (art. 472) et on peut voir une preuve de la légitimité de cette conception et de la faveur qu'elle rencontra dans l'exposé des motifs (3) où l'on peut lire après l'exposé des dis-

1. Cf. Code civil allemand publié par le comité de législation étrangère avec le concours de la Société de législation comparée, p. 611.

2. Code civil Suisse, 10 décembre 1907. Adoption, art. 264 à 269.

3. Motifs, t. II des Successions, p. 10.

positions que nous venons d'indiquer « ces règles n'exigent pas de commentaires » ; ce qui montre bien que dans l'esprit des rédacteurs de la loi nouvelle il ne pouvait y avoir aucun doute, l'assimilation des enfants de l'adopté aux descendants de l'enfant légitime s'imposait. Il nous faut signaler encore une particularité intéressante du Code civil suisse, l'article 268 (1) alinéa 3 dispose : « Une convention authentique, antérieure à l'adoption, peut déroger aux règles que la loi consacre pour les enfants légitimes en matière de la succession et de droits des père et mère sur les biens des enfants ». Cette manière d'organiser l'adoption nous paraît très heureuse, elle consacre en effet le caractère indiscutable de l'adoption moderne qui est de donner à l'adoptant une famille et abandonne complètement l'idée rigide et étrange d'une adoption dont les effets sont limités à l'adoptant et à l'adopté ; et d'autre part elle ne méconnaît pas le caractère contractuel que l'on ne saurait dénier à l'adoption, elle le consacre au contraire en faisant une large place à la volonté des parties, en leur permettant d'augmenter ou de restreindre les effets ordinaires de l'adoption prévus par la loi, suivant leurs convenances personnelles, et en tenant compte de circonstances de fait particulières dans l'examen desquelles le législateur n'a pas à entrer.

1. Cf. art. 278, al. 3 du projet de 1904.

Que déduire de ce rapide examen des œuvres législatives nouvelles ? Il nous semble qu'on peut en tirer un argument nouveau en faveur du système que nous avons adopté et aussi une raison d'approuver encore plus fermement la jurisprudence que nous avons rappelée. Et si, négligeant la question particulière qui nous occupe, nous nous plaçons à un point de vue plus général et plus élevé, nous ne pouvons que nous féliciter de la tendance marquée par les arrêts précités. Faut-il en effet rechercher avant tout la volonté du législateur de 1804 ? Cette conception qui pouvait être excellente aux époques voisines de la mise en œuvre du Code civil ne paraît plus se justifier aujourd'hui (1) en présence de l'état social nouveau dans lequel nous nous trouvons : au lieu de rechercher une intention souvent douteuse du législateur et de s'en servir ensuite comme guide, il faut pour trancher les controverses s'inspirer des besoins de la pratique actuelle ; c'est là ce qu'a souvent fait la jurisprudence française avec un sens très droit et très sûr. Même codifié le droit ne cesse pas de vivre et il ne faut pas « enfermer dans un réseau d'abstractions n'existant que dans la pensée pure, une science qui est avant tout une science sociale, la science sociale par excellence ; c'est-à-dire qui doit s'adapter à la vie de la collectivité pour laquelle elle est faite et donner satisfaction à tou-

1. Cf. Gény. *Méthode d'interprétation et Sources en droit privé positif* et la Préface de M. Raymond Saleilles. Paris, 1899.

tes les exigences des nécessités pratiques et à tous les desiderata qui en ressortent et qui se traduisent en conception juridique (1).

Les Codes, loin de se replier sur eux-mêmes, doivent s'ouvrir au monde extérieur « non pour se laisser envahir ou dominer par lui, mais pour s'y adapter et le dominer, l'encadrer dans leur propre discipline et traduire en monnaie juridique ayant la frappe qui leur est propre, toutes les relations nouvelles issues du développement de la vie ». Sans doute, la loi écrite reste la base du droit, mais personne ne soutient plus que celui-ci soit une création du législateur et il est impossible de nier « l'influence organique de la coutume et de la doctrine, au point de vue tant de la création que de la propagation des faits et des notions juridiques » (2). Ces créations doivent, d'ailleurs, pour avoir la valeur d'un droit objectif, se rattacher à la loi écrite, rentrer dans son cadre : et il s'établira ainsi entre le droit et la vie une sorte d'action et de réaction incessantes par où se réalisera le progrès juridique : « sans secousse profonde, sans à coup et sans révolutions brusques, par la seule intervention de la jurisprudence, non plus chargée de s'asservir à un texte mort, mais seul pouvoir effectif

1. Saleilles, *loc. cit.*

2. *Ibidem.* Nous nous excusons de citer aussi souvent, mais outre la difficulté qu'il y a à résumer ces pages pleines d'idées neuves et fortes, il nous paraît nécessaire de nous tenir très près du texte de peur de trahir la pensée de l'auteur.

qui ait pour fonction de développer un texte incessamment vivant. C'est à elle de ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires et en même temps de plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble, dont la logique crée la certitude pour les intérêts privés, en même temps qu'elle défie l'arbitraire qui est la menace incessante de toute méthode subjective ».

Nous venons de voir que le représentant devait être capable de succéder au *de cuius* et nous avons déjà indiqué combien cette condition paraît logique puisque représenter c'est succéder. Mais on ne s'est pas arrêté-là : l'identité supposée entre le droit du représentant et le droit du représenté conduit en outre à cette étrange idée que la personnalité du représenté est déterminante lorsqu'il meurt avant l'ouverture de la succession ; il faut que le représenté ait été lui-même capable de succéder s'il avait survécu. On prend ce représenté avec ses qualités jusqu'au moment où l'événement de la succession s'est produit et suivant qu'il aurait succédé ou non, le représentant succède ou est exclu. Et les jurisconsultes essaient de justifier ces conceptions : « Le représentant doit avoir la même portion que le représenté, donc si celui-ci n'avait dû rien avoir dans la succession, le représentant ne peut pas non plus y prétendre » (1).

1. Merlin. *Rép.* V^o Représentation sect. IV, § 3, et dans le même sens Demante. *Cours analytique*, III, n^o 47 bis, VII et Laurent IX, n^o 70, p. 85.

Il est certain que la situation de l'interprète est difficile en présence d'erreurs législatives comme l'article 739, cependant il est permis de s'étonner que de telles conséquences soient présentées comme exactes, surtout si l'on se souvient que déjà dans l'ancien droit elles ne s'étaient pas imposées à tous les esprits ; c'est ainsi que, d'Argentré dans sa *Consultatio prima* écrivait : « Nec filius a patre habet quod hæres est, sed ab sanguine. Ergo inhabilitas in persona patris sive ex delicto proveniat, sive aliunde, sive ab natura, sive hominis facto non impedit, imo facit locum succedenti in gradu ». L'absurdité évidente de cette idée, que les motifs, qui auraient fait exclure le père de la succession s'il avait survécu à son ouverture, devaient continuer d'agir sur ses descendants, forçait à une réaction. C'est pour atténuer les conséquences de ce principe que l'on imagina la théorie des *vitia perpetua ou originaria et des vitia accidentalia*, à laquelle nous avons déjà fait allusion et qui, comme nous allons le voir, n'est pas encore complètement abandonnée.

Cette théorie, sans parler du désaccord qu'elle avait fait naître entre les auteurs au sujet du classement des *vitia* dans l'une ou l'autre des catégories, avait en outre le tort grave de conduire à des « contradictions insolubles » (1) : c'est ainsi qu'on n'hésitait pas à permettre la représentation du mort civil, parce que celui-

1. Cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 385.

ci était considéré comme mort réellement, alors que certains motifs d'incapacité qui n'étaient pas assez graves pour entraîner la mort civile excluaient le droit de représentation. Contradiction vraiment insoluble, et il nous semble qu'on ne peut mieux le montrer qu'en reproduisant l'explication qu'en a donnée Demolombe (1). La possibilité de la représentation du mort civil lui paraît une conséquence logique de la théorie que nous indiquions, « en effet, dit-il, avant sa mort civile il n'était pas incapable ; il occupait, dans la famille, son degré ; et si la succession s'était alors ouverte, il y aurait été lui-même appelé. Après sa mort civile il était incapable sans doute ; mais aussi il avait cessé d'occuper son degré dans la famille ; ce degré n'était pas supprimé ni anéanti ; il était devenu vacant comme il le serait devenu par la mort naturelle. En un mot, le mort civilement n'avait jamais été aux yeux de la loi, en même temps, vivant et incapable : tant qu'il vivait il était capable ; et dès qu'il était devenu incapable il avait cessé de vivre ». On voit à quelles subtilités est obligé de descendre un grand esprit comme Demolombe pour expliquer des choses qui ne sont pas explicables.

Demolombe a d'ailleurs repris la théorie (2) de nos anciens jurisconsultes en essayant de la rajeunir et de

1. Demolombe, t. XIII, no 413.

2. *Ibidem*, nos 410 à 415.

la moderniser. Il faut supposer la personne vivante, et si dans ce cas il n'y aurait eu pour elle ni place ni degré, on ne pourra la représenter ; s'il y avait eu au contraire pour le prédécédé une place dans la succession même en supposant qu'il en eût été exclu personnellement, s'il avait survécu, la représentation sera possible.

Il y avait vice absolu dans le premier cas, vice relatif dans le second. Ce retour à une théorie qui pouvait avoir son utilité dans l'ancien droit où les incapacités étaient très nombreuses, ne semble pas très opportun en présence des dispositions de notre droit moderne. On peut d'abord remarquer qu'aucun article du Code civil ne se réfère à cette distinction ancienne, il est donc impossible d'affirmer que ses rédacteurs ont entendu la maintenir. De plus, on ne voit pas bien l'utilité de cette théorie. Demolombe (1) conclut que l'indignité et la mort civile sont des vices relatifs et qu'il n'y a dans notre droit que les incapables qui ne puissent être représentés, l'incapacité étant seule un vice absolu. Or quels sont les incapables (2) ? Ce sont : 1° Celui qui n'était pas encore conçu lors de l'ouverture de la succession du *de cujus* ; 2° celui qui n'est pas né viable. Était-il bien nécessaire de construire une théorie, pour dire que l'enfant d'un enfant qui n'est pas né viable ne peut représenter son père,

1. Demolombe, t. XIII, n° 411.

2. Il y avait aussi l'étranger avant la loi du 14 juillet 1819 sur le cas du Français naturalisé sans autorisation (décret du 26 août 1811. V. Pand. fr. Rép., t. LV, n° 483, V° Succession.

pas plus que ne pourrait le faire l'enfant conçu à une époque où son père ne l'était pas encore (1).

L'analyse que nous venons de faire démontre bien que la règle que nous discutons ne peut plus, dans l'état de notre droit, avoir d'intérêt que dans un seul cas, celui de l'indignité. C'est là en effet la seule question que nous essaierons de résoudre : l'indigne peut-il être représenté par ses descendants ? Si une cause d'indignité se produit dans la personne d'un parent, cette indignité peut-elle être opposée à ses descendants même si le parent n'a pas survécu à l'ouverture de la succession ? Certains auteurs le pensent et croient même que la question a été tranchée par l'article 730 au détriment des enfants de l'indigne (2). Cela n'est pas certain : d'après les lois romaines le *jus ereptoris* commençait avec la délation à l'indigne et était ensuite indépendant de la renonciation ou de la mort de celui-ci ; de même dans notre droit, on peut, semble-t-il, soutenir que l'indigne doit survivre à l'ouverture de la succession, car sans cela l'indignité n'est pas concevable.

L'incapacité de succéder est, sans contredit, une qualité qui existe déjà du vivant du *de cujus*, car elle est l'absence de l'ordinaire « capacité de droit » que chacun possède (3). Il en est autrement de l'indignité ; les circonstances que l'on cite comme causes d'indignité ne

1. Cf. Vallier, *loc. cit.*, p. 277, note 1.

2. Merlin. *Répert.* V^e Représentation, sect. IV, § 3 n^o 7. — Aubry et Rau, § 597. — Laurent, IX, n^o 72, p. 84-88.

3. Cf. Kokler, *loc. cit.*, p. 386 et suiv.

sont pas prises en considération du vivant du *de cujus* pour diminuer le droit ; et si celui chez lequel ces circonstances se rencontrent est mort avant l'ouverture de la succession, il ne peut sembler-t-il être question d'indignité. Mais serait-il possible que le législateur, pénétré de l'idée du droit de représentation, ait créé une « indignité potentielle » existant déjà du vivant du testateur et qui aurait suffi à exclure le droit de représentation ? Mais une pareille idée ne peut être attribuée à un législateur que si elle est nettement exprimée dans la loi ; or, on ne la trouve pas dans le Code civil français. Tant que le législateur ne parle que d'héritiers indignes, d'indignes de succéder, on peut fermement soutenir qu'il ne parle que de ceux qui sont vivants lors de l'ouverture de la succession. Cela est d'autant plus vrai que d'après la majorité des interprètes, l'indignité n'a pas lieu de plein droit, mais doit être opposée sous forme d'action ou d'exception. Laurent (1) a soutenu contre l'opinion commune que l'indignité a lieu de plein droit et il va jusqu'à négliger la différence qui existe entre l'incapacité et l'indignité. Mais comme beaucoup d'arguments de Laurent, celui-ci ne tient pas assez compte de l'histoire : il faudrait cependant s'en occuper, surtout dans notre matière, car l'indignité n'est pas une création du droit moderne.

Comme en droit romain, dans notre ancien droit on distinguait l'indignité de l'incapacité et nos anciens au-

1. Laurent. *Principes*, IX, n^{os} 12 et suiv.

teurs (1) admettaient aussi qu'elle n'opérait pas de plein droit. Et c'est là aussi la conception des rédacteurs (2) du Code civil qui se sont bien gardés de confondre l'indignité et l'incapacité, et qui se sont largement inspirés de la notion historique de l'indignité. C'est d'ailleurs compréhensible, car l'indignité de plein droit aurait des conséquences graves : la portion de l'indigne accroitrait à son cohéritier avec toutes ses charges même contre sa volonté ; et ce serait comme une prime à l'indignité de pouvoir ainsi éviter les charges de la succession.

Mais si l'idée d'une indignité potentielle, pendant la vie de la personne de la succession de laquelle il s'agit, n'est pas celle du Code civil, la question posée de savoir si une personne qui se trouve dans un cas d'indignité peut être représentée, perd par là même dans notre droit toute signification pratique : car avant l'ouverture de la succession, personne ne peut être indigne et celui qui survit à l'ouverture de la succession ne peut déjà pas être représenté à cause de la règle qu'on ne représente pas les personnes vivantes. L'exactitude de ce système ressort d'ailleurs très nettement d'un passage de Pothier qui a vraisemblablement servi de guide aux rédacteurs de notre article 730, et dans lequel notre grand

1. Lebrun. *Successions*, liv. III, ch. I, n° 9. — Pothier. *Successions*, ch. I, sect. II, art. 4, § 2.

2. Loqué, t. X, p. 181 et 221.

jurisconsulte s'exprime ainsi : « les enfants de l'indigne ne peuvent succéder par représentation lorsqu'il est vivant, mais ils le peuvent lorsqu'il est prédécédé » (1).

A la vérité, la rédaction de l'article 730 n'est pas très claire, il dispose : « les enfants de l'indigne venant à la succession de leur chef et sans le secours de la représentation, ne sont pas exclus pour la faute de leur père ; mais celui-ci ne peut, en aucun cas, réclamer, sur les biens de cette succession, l'usufruit que la loi accorde aux père et mère sur les biens de leurs enfants ». Est-ce que la situation des enfants de l'indigne venant par représentation de leur père est fixée par cet article ; et doit-on, comme semble l'indiquer notre texte, leur refuser le bénéfice de la représentation tout en les laissant venir de leur chef, lorsqu'ils sont les plus proches en degré ?

Il est né sur ce point une grande controverse (2) ; nous n'en exposerons pas le détail, car nous n'avons pas sur cette question d'arguments nouveaux à ajouter à ceux qui ont déjà été produits. Notons d'abord, que l'importance pratique de la solution adoptée est assez faible, étant donnée l'extrême rareté de l'indignité. De plus, il faut reconnaître, comme pour la représentation

1. Pothier, *Succession*, ch. II, sect. 1, al. 1 § 2.

2. On trouvera l'opinion favorable aux enfants de l'indigne longuement exposée dans Demolombe, XIV, n^{os} 290 et suiv. — L'opinion contraire est défendue par Laurent, IX, n^{os} 72 et suiv. Nombreux auteurs cités dans les deux sens. V. également un arrêt de Bordeaux, 1^{er} décembre 1853. D. 54, 2, 158.

des enfants de l'adopté, que, si l'on veut s'en tenir aux arguments de texte, aucune des raisons fournies dans l'une et l'autre théorie ne paraît absolument décisive. Le système auquel vont nos préférences, le système favorable aux enfants de l'indigne a par exemple le grave inconvénient de prêter aux rédacteurs du Code sinon un non sens, du moins une rédaction très défectueuse, mais il a aussi le grand avantage de réduire le nombre, déjà grand dans notre droit, des cas où la dévolution ne peut pas fonctionner (1).

En réalité nous nous trouvons encore ici dans un cas de conflit entre le droit et l'équité : et s'il n'est pas possible d'affirmer d'une façon absolue en l'état des textes du droit français la supériorité du système adopté, on ne saurait nier que l'évolution général du droit se fait dans le sens de ce système. C'est ainsi que Laurent dans son avant-projet (2), réforme comme suit notre article 730 : « l'indignité du père n'empêche pas ses enfants ou descendants de succéder, soit de leur chef, soit par représentation », Et après avoir reproduit les mauvais arguments par lesquels on a coutume de justifier la théorie du droit français, notre auteur poursuit « mais l'équité et le cri du sang protestent ici contre la subtilité du droit ». Le législateur ne veut pas que la faute du père nuise aux enfants, et cependant elle leur nuit, car

1. Cf. Massigli. *Succession ab intestat*. Cours, 1906-1907.

2. Art. 748.

c'est à cause de sa faute qu'ils ne peuvent pas venir à la succession en le représentant ; quand les principes du droit sont en opposition avec le sens moral il faut les abandonner (1).

Le Code civil italien (2), bien que basé sur les mêmes principes et appartenant pour ainsi dire à la même famille de législations que notre Code civil, a cependant rejeté aussi la solution vicieuse qui paraît à certains découler de notre article 730. De même, le nouveau Code civil suisse (3) spécifie (art. 540) « l'indignité est personnelle. Les descendants de l'indigne succèdent comme si leur auteur était prédécédé ». Peu importe que l'indigne survive, le caractère pénal est ici nettement marqué, l'indignité ne doit atteindre que celui qui s'en est rendu coupable. Les travaux préparatoires ne laissent pas de doute sur la théorie adoptée : « en ce qui concerne le partage par souche, nous n'avons pas jugé nécessaire de dire que le droit de successibilité de chaque parent est fondé en soi de façon indépendante ; que si un héritier se trouve exclu de la dévolution par une personne vivante interposée entre le défunt et lui, son droit de successibilité n'en est pas éteint pour autant dans l'éventualité où cette personne viendrait à perdre sa vocation héréditaire » (4). De même le Code civil allemand con-

1. Laurent. Avant-projet, motifs et matériaux sur l'article, 748.

2. Code civil italien, art. 728.

3. V. aussi sur l'exhérédation maintenue dans le Code civil suisse, l'article 478.

4. *Motifs des Successions*, t. II, p. 52.

sacre le droit des enfants de l'indigne dans son paragraphe 2344 (1), il dispose en effet : « Lorsqu'un héritier est déclaré indigne d'hériter, la dévolution de l'héritage est réputée non avenue. L'héritage est dévolu à celui qui aurait été appelé si l'indigne n'avait pas été en vie lors du cas d'hérédité ; la dévolution est réputée avoir eu lieu lors dudit cas ». Nous verrons, en effet, que si une controverse a pu s'élever au sujet de la théorie adoptée par le nouveau Code civil allemand au sujet de la représentation des personnes vivantes ; ou d'une manière plus générale sur le point de savoir si la théorie de la représentation-fiction avait été admise par lui ; il y a trois cas (2) qui n'ont jamais été mis en doute, mais étaient seulement considérés par les auteurs favorables au système de la fiction comme des exceptions au principe ; l'un de ces trois cas est celui qui est prévu par le paragraphe 2344 que nous venons de commenter.

Nous avons ainsi terminé l'examen des conditions nécessaires à la représentation ; nous avons cependant mentionné une sixième règle négative : il n'est pas nécessaire que le représentant soit l'héritier du représenté. Si nous l'avons fait c'est que le système du Code paraît devoir conduire à la règle inverse et exiger pour que la représentation soit possible que le représentant ait

1. Sur la conception de l'indignité du Code civil allemand. V. l'édition précitée, t. III, p. 882.

2. Les deux autres cas sont la renonciation, paragraphe 1953 et le désistement à succession, paragraphe 2349.

hérité du représenté ; car la personnalité du représenté étant déterminante pour l'existence ou la non existence de la représentation cela ne peut semble-t-il, s'expliquer que parce que dans son patrimoine sommeille le germe d'un droit de succession futur qui ne peut passer à ses descendants que par l'héritage (1). Cependant cette conséquence n'a pas été admise ; elle paraissait cependant très naturelle à certains auteurs, c'est ainsi que Glück (2) s'écrie avec la plus grande naïveté « comment peut-on succéder aux droits d'un autre si l'on n'a pas été son héritier ? Comment puis-je représenter seulement le degré sans représenter en même temps la personne qui constitue ce degré ? » Mais ce n'est pas là la doctrine traditionnelle du droit français ; ce n'est pas du représenté mais de la loi que le représentant tient ses droits : telle est l'idée de notre ancien droit admise par Pothier (3) et qui ne fut guère discutée après lui ; elle fut reprise par les rédacteurs du Code civil (4) et est aujourd'hui à peu près unanimement acceptée par tous les auteurs qui ont écrit sur la matière. Mais les rédacteurs du Code n'ont pas vu qu'ils abandonnaient par là leur propre système. Car si la représentation n'est que l'entrée dans le degré elle n'est pas l'entrée dans le droit individuel du parent et par suite

1. Cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 392.

2. *Intertaterfolge*, p. 69.

3. *Succes.*, ch. II, s. I art. 1, § 1.

4. V. Notamment Chabot de Locré, t. X, p. 229.

il est faux de faire participer le représentant aux vices qui peuvent atteindre le représenté. Si le représenté n'a aucune part au droit, comment peut-il être déterminant pour ce droit, comment peut-il lui imprimer le cachet de sa personnalité (1) ?

On peut déduire du principe que nous venons d'énoncer diverses conséquences (2) :

1° On peut représenter une personne lors du décès de laquelle on n'était pas encore conçu. Ainsi un enfant conçu après la mort de son aïeul pourrait représenter celui-ci pour arriver à la succession de son bisaïeul ;

2° On peut représenter celui de la succession duquel on a été exclu comme indigne. L'indignité est comme une incapacité relative : on n'est pas indigne de succéder comme on est incapable, c'est-à-dire d'une manière générale, absolue ; on est déclaré indigne par rapport à une succession donnée et on ne voit par suite pas pourquoi la déclaration d'indignité pourrait empêcher un héritier d'arriver à une autre succession distincte de celle dont il a été exclu. Cette conséquence n'est pas douteuse, elle fut du reste admise déjà par les Coutumes de Paris (art. 308) et d'Orléans (art. 307). Cependant, il faut reconnaître que dans le système du Code elle peut paraître difficile à justifier : si l'on considère en effet la représentation comme une institution desti-

1. Cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 393.

2. Ces conséquences sont indiscutées et admises dans tous les traités de droit civil.

née à réparer le préjudice résultant pour les enfants de la mort de leurs parents ; il n'est pas douteux que dans notre hypothèse la représentation ne semble aller contre son but ; si les décès s'étaient produits dans l'ordre normal, la succession de l'aïeul se serait confondue avec celle du père de l'indigne et celui-ci n'en aurait rien recueilli ; la mort de son père va donc lui être favorable et la représentation au lieu de lui faire obtenir seulement son droit va être pour lui très avantageuse. De telles difficultés ne se rencontrent pas, si l'on admet l'idée d'un droit égal pour chaque souche, et si l'on ne se préoccupe pas de la personnalité du représenté : les rapports entre le représentant et le représenté sont indifférents, le représentant a été exclu de la succession du représenté, peu importe, il est, dans la souche, le plus proche, c'est lui qui recueillera la part qui revient à celle-ci.

3° On peut représenter celui à la succession duquel on a renoncé. Cette solution déjà ancienne (1) est consacrée par l'article 744 alinéa 2. Et l'on admet généralement (2) que les représentants peuvent au sujet de la succession du *de cujus* prendre des partis différents : en d'autres termes l'article 782 ne s'applique pas à la succession par représentation. La disposition de l'article 782 est généralement critiquée et d'excellents auteurs

1. Lebrun, liv. III, ch. V, n° 11 et 12.

2. Baudry-Lacantinerie. *Success.*, t. I, n° 425, nombreux auteurs cités. — Massigli. *Revue critique*, 1887, p. 353.

ne comprennent pas pourquoi le droit d'accepter ou de répudier une hérédité, transmis à plusieurs personnes par le décès de celui en qui il s'est ouvert, serait regardé comme indivisible alors que son objet est parfaitement divisible. De plus tandis que, dans le cas de succession par transmission, l'hérédité a été dévolue à une personne qui a eu, de son vivant, le droit de l'accepter ou de la répudier et qui, mourant avant d'avoir exercé ce droit, le transmet à ses propres héritiers, qui exercent ainsi le droit d'autrui, un droit ouvert dans la personne de leur auteur ; dans le cas de représentation plusieurs héritiers succèdent distinctement au *de cujus* : entre eux et lui pas d'intermédiaire ; sans doute les représentants prennent dans l'ordre successoral la place d'un parent prédécédé et leurs droits sont mesurés sur ceux qu'aurait eus ce parent s'il avait succédé, mais les représentants ont à la succession non pas seulement un droit transmis, mais un droit propre. Les deux hypothèses sont donc différentes et l'article 782, texte exceptionnel et critiquable, ne doit être appliqué qu'au cas qu'il prévoit et non étendu par analogie à une situation pour laquelle il n'a pas été fait (1).

Nous devons enfin pour compléter ce chapitre dire quelques mots d'une controverse déjà ancienne : la représentation de l'absent est-elle possible et ses enfants pourraient-ils, en concours avec leur oncle par exemple,

1. Cf. Labbé note sous Cass., 15 juin 1870. Sirey 70. 1. 329.

venir prendre la part qui serait revenue à leur père ? La question a été discutée (1) : la négative a été soutenue notamment par Plasmann (2) qui s'appuyait sur l'article 136. Après avoir établi que l'absence ne crée pas une présomption de mort, mais est seulement la reconnaissance d'un état d'incertitude au sujet de l'existence d'une personne notre auteur s'efforce de montrer que le sens de l'article 136 est très clair. Le législateur, dit-il, n'appelle les héritiers qui doivent recueillir à défaut de l'absent que si tout d'abord la succession n'est pas dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir. Du moment où cette dévolution exclusive s'opère, il ne reste rien aux autres héritiers, on ne peut pas attribuer une part aux petits-enfants ou aux neveux là où la loi accorde tout au fils ou à l'oncle présent. Et combinant l'article 136 avec les articles 744 et 725, Plasmann montre que les enfants de l'absent non seulement ne peuvent pas venir par représentation de celui-ci parce qu'ils ne sauraient prouver sa mort et que notre droit n'admet pas la représentation des personnes vivantes, mais encore qu'ils ne peuvent pas recueillir la succession dont il s'agit par voie de transmission, car il faudrait prouver que l'absent a survécu au *de cujus*.

Ce système est d'aujourd'hui complètement abandonné

1. V. Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Successions*, t. I, n° 439, p. 234, les arrêts et les nombreux auteurs cités dans les deux sens, note 5.

2. Plasmann. *Code et traité des absents*, t. I, p. 333 et s.

et nous ne l'avons rappelé que pour mémoire. Son auteur lui-même avoue qu'il ne l'appliquerait pas comme magistrat, mais qu'en tant que juriste il ne peut s'empêcher de l'adopter. Nous ne le suivrons pas dans ces distinctions et nous indiquerons seulement les raisons qui ont poussé la jurisprudence et la presque unanimité de la doctrine à le rejeter. Ce système conduirait dans la pratique à des résultats inadmissibles : l'absent ne pourrait succéder parce que son existence n'est pas prouvée et ses enfants ne pourraient le représenter parce que sa mort n'est pas certaine. L'oncle prendrait aussi toute la succession alors que, quelle que soit l'hypothèse que l'on admette au sujet de l'existence de l'absent, il ne devrait jamais en obtenir que la moitié. Ce simple argument a été décisif et a complètement ruiné le système proposé par Plasmann ; quand une théorie conduit à des résultats aussi choquants la fausseté en est démontrée et il faut l'abandonner.

CHAPITRE III

Effets de la représentation

Le système français de la classification en ordres et de la proximité du degré demande, pour être applicable, sans heurter trop violemment la conception que nous avons de l'organisation successorale, l'admission de certains tempéraments : exception au principe de la classification en ordres par les faveurs faites aux ascendants et aux collatéraux privilégiés ; exception au principe de la proximité du degré par l'admission partielle de la représentation : c'est ainsi qu'apparaît en effet la représentation dans notre droit français, elle est exorbitante du système admis, elle est exceptionnelle. Le principe de la proximité du degré n'est peut-être pas le meilleur que l'on puisse choisir pour organiser les successions ; en tous cas il n'est pas le seul, il n'est pas indispensable et il faut reconnaître que dans certaines hypothèses son application rigoureuse conduirait à des solutions inadmissibles ; il faudra donc dans ces hypothèses établir des exceptions.

Ces idées qui semblent s'imposer comme évidentes ne sont cependant pas celles que met en lumière l'étude

de notre droit français ; et notre Code civil reprenant des solutions déjà acquises dans l'ancien droit les a nettement repoussées. Cependant il est des résultats pratiques du principe qu'il faut éviter à tout prix ; mais la règle elle-même doit rester intacte : on imagine alors de créer une fiction et on rédige l'article 739. Par ce moyen on permet à des descendants d'un degré plus éloigné de concourir avec ceux d'un degré plus proche ; mais on peut, grâce à la fiction admise, dire que c'est toujours le plus proche qui succède seul puisque le représentant ne succède que parce qu'il entre dans la place dans le degré et dans les droits du représenté. C'est pour atteindre ce but somme toute peu désirable, c'est pour maintenir une harmonie apparente qu'on a introduit dans notre droit l'idée de fiction féconde seulement en obscurités et en difficultés de toute sorte. Cette conception vicieuse est d'ailleurs sans influence sur la réalité des faits et quand nous voyons un descendant du troisième degré par exemple concourir avec un enfant du premier par le jeu de la représentation nous pouvons, semble-t-il, affirmer sans trop d'audace, qu'il y a là une violation du principe d'après lequel l'héritier le plus proche succède seul ou plus exactement dire que nous nous trouvons en présence d'une exception au principe de la proximité du degré.

Dans tous les cas où la représentation est admise, le partage s'opère par souche ; et l'on peut compléter la formule de l'article 743 en disant que le partage

ne s'opère par souche que dans ces cas-là seulement, depuis que la représentation à fin de partager, qui entraînait le partage par souche sans être une véritable représentation, a disparu de notre droit. Les résultats donnés par ce mode de partage sont très différents de ceux auxquels on arrive en employant le partage par tête, mode normal du droit français. Si nous supposons une succession de 60.000 francs à partager entre deux fils du défunt et quatre petits fils issus d'un troisième fils prédécédé, tandis que, au cas de partage par tête, chacun des petits-fils obtiendrait un sixième, c'est-à-dire 10.000, de même que chacun des enfants du premier degré ; au cas de partage par souche on fera trois parts de 20.000 dont deux seront distribuées aux deux fils et la troisième partagée entre les quatre petits-fils issus du fils prédécédé qui obtiendront ainsi chacun 5.000. On voit donc que les quatre petits-fils n'auront à eux tous que la part qui serait revenue à leur père s'il avait survécu. Si la mort de celui-ci ne doit pas leur nuire, elle ne doit pas non plus leur profiter : on exprime ce résultat en disant que les représentants ne doivent avoir rien de moins ni rien de plus que le représenté ; et nous aurons l'occasion ci-dessous de commenter cette formule.

La solution adoptée par l'article 743 était déjà admise dans notre ancien droit, et le Code n'a fait que la consacrer et par là apparaît malgré toutes les obscurités venues de la théorie de la fiction l'idée maîtresse de la

représentation, son caractère essentiel fondamental : la représentation n'est qu'une organisation familiale, la consécration du droit égal des souches sur la succession de l'auteur commun, du devoir égal du défunt envers chacune d'elles. Et alors, on peut se demander s'il est exact de dire, que le partage par souche est la conséquence de la représentation, qu'il en est un des principaux effets ? Ou bien si l'on ne pourrait pas retourner la formule de l'article 743 et de l'énoncer ainsi : toutes les fois que le partage de la succession a lieu par souche, on dit qu'on se trouve dans un cas de représentation ?

L'origine de notre institution est, comme nous l'avons soutenu avec la majorité des auteurs, romaine. Or, qu'avons-nous trouvé dans la législation romaine ? des cas de partage par souche établis dans le but d'organiser la famille ; et c'est de là que sont partis nos anciens auteurs pour élaborer la théorie de la représentation ; sans doute, ils ont compliqué et obscurci l'idée primitive, qui était simple ; mais elle n'a pas disparu et n'a jamais cessé d'affirmer sa force, puisque sous son influence on avait été conduit à l'établissement de cette représentation à l'effet simplement de partager, qui est une pure application de l'idée de partage par souche. Voilà donc la seule base solide que nous rencontrons ; c'est cette idée d'un droit égal de toutes les souches, abstraction faite du nombre et du degré de leurs membres. Peu importe que le droit français ne l'ait

pas nettement dégagée et n'en ait même pas admis les conséquences principales, elle n'en est pas moins l'idée première et l'idée vraie. Et dès lors le partage par souche au lieu d'apparaître comme une conséquence de la représentation, semble en être au contraire l'origine et le fondement. La représentation loin d'être l'idée initiale est venue seulement se greffer sur l'autre plutôt pour expliquer des résultats acquis que comme une institution nouvelle. En d'autres termes, la représentation ne serait que la glose obscure et mal faite de l'idée simple et juste du partage par souche dont le droit français n'a pas su tirer toutes les conséquences logiques.

Le ou les représentants succèdent de la même manière que le représenté aurait succédé. Rien de plus logique dans le système adopté par le Code civil : le représentant entre dans le degré du représenté et exerce ses droits ; le changement de personne ne doit en rien modifier la situation des autres cohéritiers : que ce soit le représentant ou le représenté qui succède, leurs droits restent identiques. Si, par exemple, le défunt laisse pour héritiers un frère utérin et l'enfant d'un frère germain prédécédé : si le frère germain avait survécu, il aurait pris d'abord la moitié affectée à la ligne paternelle dans laquelle il succède seul et il aurait partagé avec le frère utérin la moitié affectée à la ligne maternelle, ce qui lui eût donné les trois quarts de l'hérédité ; l'enfant qui remonte à son degré prend sa place et exerce ses droits : il prendra donc les trois quarts des

biens (1). De même, les descendants légitimes d'un enfant naturel venant, grâce à la représentation en concours avec un autre enfant légitime du *de cujus*, n'obtiendront que la part réduite à laquelle leur père (enfant naturel) aurait eu droit en présence d'enfants légitimes.

Le représentant qui exerce les droits du représenté est également tenu de ses obligations. Il ne se produit d'ailleurs pas une substitution complète de l'un à l'autre. Ne passent au représentant que les droits et les obligations du représenté relatifs à la succession dont il s'agit. C'est ainsi que le représentant n'est pas tenu en cette seule qualité de payer les dettes du représenté. Il ne peut y être obligé que s'il a accepté la succession du représenté (2). Mais il en est tout autrement des charges que le représenté aurait dû supporter dans la succession s'il avait survécu : les représentants en sont certainement tenus. Ils exercent les droits que le défunt aurait exercés s'il avait survécu ; si ces droits impliquent des obligations, les représentants sont tenus de les remplir. Tout successeur universel est tenu des dettes ; les représentants succèdent, ils sont donc tenus des dettes (3). Nous verrons que les représentants doivent aussi le rapport des dons et des dettes du représenté

1. Cf. Laurent, t. IX, n° 73.

2. Pand. franc. *Répert.* V. Succession, n° 472, arrêts et auteurs cités.

3. Laurent, t. IX, n° 77.

dans une mesure et sous des conditions que nous aurons à déterminer.

Enfin le représentant ne peut posséder et exercer que les droits et actions que le représenté aurait eus lui-même s'il avait survécu à l'ouverture de la succession. C'est du moins ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Riom du 15 juillet 1895 (1). Dans l'espèce soumise à la Cour, il s'agissait d'un enfant qui a succédé à sa mère d'abord, puis à sa grand'mère, par représentation de sa mère, et veut exercer, du chef de sa grand'mère, contre la succession de sa mère, l'action en révocation d'une donation pour inexécution des conditions. La Cour a repoussé la prétention de l'enfant parce que la mère (représentée) était tenue personnellement des charges dont l'inexécution avait motivé ladite demande en révocation. Nous pouvons d'abord remarquer que cet exemple n'est pas décisif, puisque le représentant est ici l'héritier du représenté et que de là peuvent découler des conséquences qui ne se rattachent pas uniquement à la théorie de la représentation. De plus il semble que la doctrine admise par l'arrêt précité prête à certaines objections qui ne sont pas sans valeur : il est certainement téméraire d'affirmer que le représentant ne saurait jamais avoir de droits que n'aurait pas le représenté. En effet, nous savons que le représentant n'est pas tenu des dettes du représenté quand il n'est

1. D. 98.2.1 et la note de M. Boistel.

pas son héritier ; et c'est là pour le représentant un droit que n'avait pas le représenté qui ne pouvait se soustraire à l'exécution de ses obligations ; et cela ménage au représentant l'usage de droits peut-être très importants qui auraient été paralysés dans la personne du représenté par des exceptions résultant des obligations qui lui incombait. Et l'arrêt précité semble méconnaître ces principes assez généralement admis (1), quoiqu'il ne statue pas sur l'hypothèse où le représentant aurait renoncé à la succession du représenté. Il constate en effet que la fille, si elle avait survécu à sa mère, et était devenue son héritière, n'aurait pas pu donner suite à la demande en révocation de donation intentée par sa mère parce qu'elle était tenue personnellement des charges dont l'inexécution avait motivé ladite demande en révocation ; et il en conclut immédiatement que les enfants venant par représentation ne pouvaient pas non plus intenter cette action. C'est bien là admettre que les obligations du représenté sont susceptibles d'être invoquées contre les représentants en leur seule qualité de représentants, sans qu'il soit besoin pour cela d'arguer de leur qualité d'héritiers de leur mère. L'action de leur mère aurait été paralysée par son obligation personnelle d'exécuter les charges ; ils seront paralysés eux-mêmes par cette obli-

1. V. D. 98. 2. 2. en note 1^{re} colonne, 2^e alinéa, les nombreux auteurs cités.

gation du représenté, c'est donc que celle-ci leur est de plein droit opposable en leur seule qualité de représentants, et c'est là affirmer que le représentant est en cette seule qualité tenu des dettes du représenté.

On exprime assez souvent les conséquences de la représentation par une formule commode, que nous avons déjà signalée ; on dit que *le représentant ne doit avoir rien de moins, rien de plus que le représenté*. Cette formule qui est traditionnelle et a été inventée par des partisans de la représentation-fiction, se comprend en effet parfaitement dans cette théorie où les droits du représentant sont exactement calqués sur ceux du représenté, sont affectés par les vices qui atteignent les droits de celui-ci, elle s'explique également et aussi bien quand on assigne, comme nous l'avons fait, comme base à la représentation, l'idée d'un droit égal des souches.

Le représentant ne doit avoir rien de plus que le représenté, d'où l'obligation du rapport pour le représentant. On appelle rapport l'acte par lequel un héritier appelé avec d'autres à recueillir une succession joint à la masse à partager certains biens ou valeurs provenant du défunt et dont il est seul détenteur à un autre titre (1). Avant d'entrer dans l'examen des difficultés soulevées par la règle énoncée indiquons qu'elle paraît se justifier parfaitement si l'on admet avec nous que les souches ont un droit égal sur les biens du défunt et

1. Planiol, t. III, n 2203.

que cette égalité ne doit pas être rompue par le fait seul qu'un changement se produit dans la personne des héritiers d'une souche, par le fait que le représentant succède au lieu du représenté : si le représenté était venu à la succession, ses cohéritiers auraient eu le droit de lui faire rapporter ce qu'il avait reçu en avancement d'hoirie ; c'est un droit acquis pour eux, qu'on ne saurait leur enlever. On objecterait en vain que le fils n'est pas donataire et que si on suppose qu'il a répudié la succession de son père, il n'aura même pas profité indirectement du don qui a été fait à celui-ci ; que l'obligation du rapport est conditionnelle, que le donataire ne doit rapporter que s'il succède au donateur, mais que son prédécès fait défaillir la condition et par conséquent qu'on ne peut exiger de son fils le rapport de la donation qui lui a été faite : la pensée du législateur n'est pas douteuse, il a voulu empêcher que le prédécès du représenté ne change la transmission héréditaire de la famille ; l'article 848 ne permet pas d'hésiter, il dispose en effet : « Si le fils ne vient que par représentation, il doit rapporter ce qui avait été donné à son père même dans le cas où il aurait répudié sa succession. »

Cette solution était d'ailleurs déjà admise dans l'ancien droit et Pothier (1) l'énonce avec la plus grande netteté : « Lorsque des petits-enfants viennent à la succession de l'aïeul par représentation de leur père ou

1. Pothier. *Success.*, ch. IV, art. 2, § 4.

mère, ils doivent rapporter tout ce qui a été donné ou prêté à leur père ou mère par l'aïeul à la succession duquel ils viennent. » Et notre auteur motive cette solution comme le font encore les partisans de la théorie de la représentation-fiction, en disant que le représentant ne saurait avoir plus de droit que le représenté. On peut se rendre compte de la rigueur avec laquelle l'égalité était maintenue par le cas cité par Pothier (1) : Quand une fille avait renoncé par contrat de mariage, moyennant une dot modique, à la succession de son père en faveur du frère aîné, celui-ci succédant à sa place et prenant une portion héréditaire, recueillait aussi l'obligation à laquelle la fille aurait été assujettie si elle n'avait pas renoncé et devait rapporter la dot constituée à cette dernière.

L'article 848 ne prévoit que le cas où le représentant vient par représentation de son père et où il doit rapporter la libéralité faite à celui-ci, mais on peut sans compliquer outre mesure l'hypothèse et sans s'éloigner des espèces pratiques, imaginer le cas où le représentant viendra à la succession de son bisaïeul par exemple par représentation de son père et de son grand-père ; et si les deux représentés ont reçu du *de cujus* des libéralités est-ce que le représentant en devra le rapport ? En d'autres termes et pour généraliser la question, le représentant doit-il le rapport de toutes les libéralités reçues par les ascendants des degrés intermédiaires ?

1. *Ibid.*, p. 475.

Cette question n'a pas été très sérieusement controversée, et, si quelques auteurs (1) ont soutenu la négative, la grande majorité s'est ralliée avec raison à l'opinion contraire. On dit que l'arrière-petit-fils venant à la succession de son bisaïeul par suite du prédécès de son père et de son aïeul ne représente alors en réalité que son aïeul, s'il monte au degré de son père, ce n'est pas pour s'y arrêter ; ce n'est pas pour y exercer du chef de son père des droits héréditaires que son père n'a jamais eus ; c'est pour arriver au degré de son aïeul et pour exercer les droits héréditaires que celui-ci aurait eus dans la succession de son père s'il n'était pas prédécédé.

Cette opinion est en contradiction directe avec la conception de la représentation admise par le Code civil. Le représentant ne représente pas seulement son aïeul, mais encore et au même titre son père : nous verrons en effet que c'est une règle incontestée que la représentation n'a pas lieu *per saltum* ou *omisso medio*, que le représentant doit pouvoir franchir successivement tous les degrés intermédiaires. Enfin est-ce que ce serait respecter la règle d'après laquelle le partage a lieu par souche chaque fois que la représentation est admise ? L'arrière-petit-fils peutse trouver en concours avec des fils, des petits-fils ou des descendants du même degré

1. Marcadé, t. II, art. 848. — Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, n° 704.

ou d'un degré plus éloigné que lui : c'est entre les souches issues du *de cujus* que le partage a lieu, c'est entre elles que l'égalité doit être maintenue. Peu importe le degré de celui qui représente une souche, peu importe le parti qu'il a pris sur les successions des ascendants des degrés intermédiaires qui ont pu lui être déférées, peu importe qu'il n'ait pas recueilli les libéralités qui leur ont été faites et qu'il n'en ait pas profité même indirectement : il se présente à la succession au nom d'une souche et ne doit comme tel recevoir que la part à laquelle celle-ci a droit ; si donc cette portion a été diminuée déjà par des libéralités il faudra que le représentant les rapporte toutes sans exception, de façon à ce que la masse puisse être exactement composée et que soit respecté le principe qui domine toute la matière de la représentation, l'égalité entre les souches (1). Ce qui a été donné au parent l'a été à la souche tout entière et cela ne fait rien que la chose donnée ait été transmise par le représentant (de ce moment) de la souche à ses héritiers ou qu'elle n'ait pas été transmise, car l'égalisation doit être réalisée non entre les personnes, mais entre les souches (2).

Nous devons signaler encore ici une conséquence des principes erronés admis sur notre question par le droit civil français. L'article 848 qui oblige comme nous

1. V. dans ce sens Demolombe. *Des Success.*, t. IV, n° 200 et les nombreux auteurs cités. Planiol, III, n° 2225.

2. Cf. Kohler, *loc. cit.*, p. 393.

venons de le voir le fils qui succède par représentation à rapporter ce qui avait été donné à son père, dispense de ce rapport le fils venant à la succession du donateur de son chef et non plus par représentation. Ainsi quand les enfants de deux fils morts viennent à la succession ils doivent rapporter les donations que leurs pères avaient reçues. Si, au contraire, il s'agit des enfants de deux fils renonçant, c'est-à-dire de successibles auxquels la représentation est interdite ils conservent les donations entièrement. C'est là encore une conséquence de la fausse conception adoptée par notre Code et encore un cas où une décision individuelle va modifier les droits de la souche toute entière et aussi une anomalie nouvelle puisque des solutions contraires vont être admises pour des hypothèses voisines.

Ce que nous avons dit plus haut indique déjà le parti que nous prendrons sur la question de savoir si le représentant, en plus du rapport des libéralités faites à ses ascendants, doit aussi le rapport des dons qui lui ont été faits, à lui personnellement, par le *de cujus*. Comme la précédente cette question a été controversée et comme pour elle on peut remarquer que la majorité des auteurs a adopté l'affirmative. On dit dans l'opinion contraire, en s'appuyant sur le caractère de fiction de la représentation que le représentant vient exercer les droits du représenté ni plus ni moins, or comme le représenté n'aurait pas rapporté le don fait au représentant, celui-ci ne doit pas non plus ce rapport. Le repré-

sentant succède *alieno nomine* et alors il ne doit pas le rapport de ce qui lui a été donné à lui personnellement ou bien il succède *proprio nomine* et alors il devra le rapport du don qu'il a reçu, mais non le rapport du don reçu par le représenté. Mais l'article 848 ne laisse pas de place au doute puisqu'il oblige formellement le représentant à rapporter les libéralités faites au représenté, c'est donc que le représentant ne doit pas le rapport de celles qu'il a reçues (1).

Ce système est à peu près abandonné (2) ; la faiblesse en apparaît déjà par le simple exposé que nous venons d'en faire. Il méconnaît gravement les principes les plus certains de la représentation : le doute sur lequel il essaie de s'établir n'est pas possible : c'est le représentant qui succède, c'est lui et lui seul qui est héritier et il tient ses droits de la loi et non du représenté. Ces principes sont indiscutés. En tant qu'héritier il est soumis au rapport par l'article 843 et c'est précisément pour cela que l'article 848 ne mentionne pas l'obligation pour le représentant de rapporter les libéralités qu'il a personnellement reçues ; l'article 848 n'a pas à statuer sur le cas général prévu par l'article 843, ce qu'il ordonne et en termes formels, laissant intacte l'obligation créée par l'article 843, c'est, suivant l'heureuse expression de M. Planiol, un « rapport supplémentaire ».

1. Marcadé, *loc. cit.*

2. Demolombe, *Des Success.*, IV, n° 200. — Planiol, III, n° 2225.

Comme tout héritier le représentant est tenu au rapport des libéralités reçues du défunt comme représentant il est en outre tenu de rapporter celles qui ont été faites aux ascendants qu'il représente.

Quant au reproche d'inconséquence ou d'injustice que Demolombe (1) réfute longuement il ne nous paraît pas atteindre le système que nous défendons. C'est tout autre système qui serait à nos yeux illogique et injuste puisque seul celui-ci satisfait à l'idée d'égalité entre les souches. Sans doute il est un cas où le prédécès du représenté rendra la situation plus défavorable : c'est celui où, représenté et représentant auront tous deux été gratifiés ; si le représenté succédait il ne devrait le rapport que de ce qu'il a reçu et non de ce qui a été donné au représentant ; si, au contraire, c'est celui-ci qui succède il devra rapporter les deux libéralités ; il résultera donc de là un avantage pour les cohéritiers du représentant et un préjudice pour lui. Cette considération ne nous paraît pas suffisante pour faire abandonner le système défendu ; nous pouvons d'abord remarquer que la pratique offrira assez rarement des exemples de ce concours de donations ainsi faites par le défunt à des successibles de différents degrés ; de plus s'il est fâcheux de voir l'ordre des décès modifier les droits des successibles nous dirons que notre système n'en fournirait pas au droit français un exemple unique ; enfin, et c'est là à nos

1. Demolombe, *Des Success.* t. IV, n° 200-3°.

yeux la considération décisive, on rétablit ainsi l'égalité entre les souches et on atteint par là le but profond de la représentation qui est l'égalisation non pas entre les individus mais, entre les souches.

Nous ne nous sommes pas préoccupé jusqu'ici du nombre des représentants ; nous avons toujours supposé qu'il n'y avait qu'un représentant et nous avons pu arriver à des solutions assez nettes : ou le représentant accepte et il doit le rapport dans les conditions ci-dessus déterminées, ou bien il répudie et s'affranchit ainsi de toute obligation de rapport. Il en serait de même s'il y avait plusieurs représentants prenant tous le même parti. Mais si nous supposons un représenté donataire du *de cujus* et plusieurs représentants prenant au sujet de la succession de celui-ci des partis différents plusieurs questions vont se poser : le rapport doit-il avoir lieu pour le tout ou seulement pour la part de ceux qui acceptent ? S'il doit avoir lieu pour le tout par qui est-il dû ? Peut-il être exigé pour leur part de ceux qui refusent la qualité d'héritiers.

Le cas a été soumis à la Cour de Caen le 19 novembre 1867 et porté ensuite devant la Cour Suprême qui, par un arrêt du 15 juin 1870 (1), a, tout en rejetant certains motifs des premiers juges, confirmé la solution qu'ils avaient adoptée. L'arrêt décide que les héritiers, venant à une succession par représentation, prennent la

1. Cass. civ., 15 juin 1870. S 70. 1. 329.

place du représenté, dans toutes ses obligations vis-à-vis du défunt, aussi bien que dans ses droits notamment dans l'obligation du rapport auquel il était soumis à raison d'avantages en avancement d'hoirie qui lui avaient été faits. Et cette obligation du rapport est indivisible à leur égard comme elle l'eût été à l'égard du représenté. Ils ne peuvent donc, les uns en répudiant, les autres en acceptant la succession de l'auteur commun, changer les conditions et diviser les effets de l'avancement d'hoirie affecté à leur souche; le rapport même dans ce cas est dû intégralement par les renonçants comme par les acceptants, l'article 845 du Code civil étant ici inapplicable.

Le système adopté par la Cour de cassation ne semble pas devoir être admis : si, en effet, il est juste et conforme aux principes de la représentation que les cohéritiers des représentants ne soient pas lésés par le fait que ceux-ci succèdent à la place du représenté, et si l'obligation du rapport intégral semble se justifier pour maintenir l'égalité entre les souches, il paraît inadmissible d'obliger au rapport ceux des représentants qui ont renoncé à la succession : on se heurte en effet à deux textes formels : l'article 785 qui décide que celui qui renonce est censé n'avoir jamais été héritier, et l'article 845 d'après lequel l'héritier qui renonce peut retenir le don à lui fait jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

Nous avons déjà vu que l'article 782 paraît être un

texte exceptionnel qui ne doit pas être étendu à notre hypothèse, comment donc résoudre cette question ? M. Labbé (1), dans une note remarquable de logique et de clarté, écrite sous l'arrêt précité, propose une solution qui semble devoir être adoptée puisqu'elle satisfait à la fois aux principes généraux et aux principes spéciaux de la représentation. Le droit de recueillir une succession ou une part de succession est divisible ; quand il échoit à plusieurs personnes chacune d'elles agit en toute liberté accepte ou répudie ; et celui qui renonce se rend étranger à la succession il n'est tenu à aucun rapport et garde ce qu'il a des biens donnés par le *de cujus* à celui dont il est issu. Que devient la part de succession à laquelle il renonce ? Elle accroît aux autres héritiers de la même branche qui acceptent : « Ce qui le prouve c'est le but de la représentation ; la loi a voulu maintenir l'égalité entre les branches de la famille ; le nombre de ceux qui viennent recueillir la part afférente à une branche est indifférent ; qu'il soit diminué par des renonciations, il n'importe : ceux qui acceptent et qui soutiennent la branche recueillent tout ce qu'aurait recueilli la tête représentée (2). » N'y en a-t-il qu'un qui accepte, c'est lui qui aura tous les droits, mais en même temps toutes les obligations du représenté et qui par suite devra le rapport intégral de la

1. Labbé note sous. Cass., 15 juin 1870. S. 70. 1. 330.

2. Labbé, *loc. cit.*, p. 329, 2^e colonne *in fine*.

libéralité faite à celui-ci par le *de cuius*. Et si l'on oppose que ce représentant n'a pas dans son patrimoine la totalité des biens donnés, nous répondrons que cette objection ne porte pas puisque le représentant peut être obligé de rapporter la donation faite au représenté alors même qu'il n'en a nullement profité, ce qui est le cas quand il a répudié la succession du représenté (Civ., 848).

Ce système respecte le principe même de la représentation, puisqu'il ne modifie pas les droits des différentes souches ; il tient également compte des dispositions précises des articles 745 et 845 et si dans certains cas il cause un préjudice au représentant acceptant, il peut aussi dans d'autres lui procurer un avantage. Et d'ailleurs, même s'il devalt toujours lui être défavorable, il n'en devrait pas moins être maintenu, puisque somme toute c'est le représentant acceptant qui a commis une erreur en acceptant d'une manière téméraire ou tout au moins malheureuse, il ne semble pas injuste qu'il supporte le préjudice résultant de ses mauvais calculs et que, plus habiles, les autres cohéritiers de la même branche ont su éviter en renonçant. La situation de ceux-ci est très nette, leur décision les rend étrangers à la succession ; ils sont définitivement affranchis du rapport qui n'est pas « une nécessité attachée à la donation, mais une conséquence de l'acceptation ». Mais la Cour de Caen remarquait que l'héritier acceptant a droit à la totalité de la part du représenté, et qu'il ne l'obtiendra pas si ceux qui renoncent retiennent une partie du don fait à

l'auteur commun ; mais l'acceptation d'une succession donne des droits sur les biens qui sont dans cette succession, l'héritier acceptant pourra exercer les droits du représenté non pas contre les renonçants, mais contre la succession elle-même ; et ici nous avons vu que ses droits seront limités par les droits égaux des représentants des autres souches.

Une dernière remarque montrera combien le système de l'arrêt est peu fondé et combien celui qu'a proposé M. Labbé semble plus exact. Dans l'espèce jugée les représentants avaient accepté la succession du représenté et profité de la libéralité qui lui avait été faite ; mais on peut supposer le cas où les représentants auront renoncé à la succession du représenté et alors faudra-t-il que ceux qui renoncent à la succession du *de cujus* soient soumis au rapport d'une libéralité dont ils n'ont rien obtenu, uniquement parce que l'un des cohéritiers de la branche aura pour un motif quelconque jugé bon d'accepter ? Personne sans doute n'admettrait cette conséquence, et cependant toute distinction entre le cas où les représentants ont accepté la succession du représenté et celui où ils l'ont répudiée est directement contraire à l'article 848 qui ne sépare pas les deux hypothèses.

Nous devons aussi dire un mot du rapport des dettes et nous demander s'il est dû également par les représentants ? Les développements que nous venons de donner nous permettrons d'être brefs sur ce point ; nous savons

en effet « par toute l'histoire de notre jurisprudence en cette matière, que l'obligation de rapporter les dettes n'est qu'une suite et une application du rapport des dons et des avantages indirects faits par le défunt » (1). Nous pouvons par suite reconnaître la nécessité pour le représentant d'opérer le rapport des dettes, dans les cas et dans la mesure où le rapport s'applique en général aux sommes prêtées, comme nous avons admis l'obligation au rapport des dons : il y a identité de motifs.

Cette doctrine est d'ailleurs depuis longtemps admise (2), et les auteurs modernes l'ont acceptée en grand nombre (3). Si le représentant est personnellement débiteur ou s'il accepte la succession du représenté débiteur, il n'y a aucun doute. Mais si le représentant renonce à la succession du représenté, doit-il encore le rapport des dettes de celui-ci ? Ce n'est pas douteux, il ne s'agit pas de savoir si le représentant est personnellement débiteur ; les sommes prêtées au représenté constituent un avantage pour la souche que soutient le représentant, le représenté aurait dû les rapporter s'il avait succédé, le représentant ne saurait pas davantage en être dispensé (4). Et on voit que c'est bien

1. Planiol, t. III, n° 2301.

2. Lebrun, *Succession*, liv. III, ch. VI, sect. II, n. 46. — Pothier, *Succession*, ch. IV, art. 2, § 4.

3. Demolombe, t. XVI, n. 201, et les auteurs cités. — Laurent, t. X, n. 563. — Dalloz, voir *Succession*, n. 1045.

4. Paris, 27 juillet 1850. D. 1854. 5. 630.

là le principe qui dirige la jurisprudence, puisqu'il a été jugé également que le représentant qui a accepté la succession du représenté sous bénéfice d'inventaire doit le rapport des dettes du représenté, même si elles dépassent son émolument (1). Que le représentant accepte, qu'il renonce ou qu'il accepte seulement sous bénéfice d'inventaire la succession du représenté, peu importe, ces circonstances sont sans effet et il faut avant tout réaliser le but de la représentation, ne pas diminuer le droit identique des diverses souches ou comme disent les partisans de l'idée de fiction accorder au représentant tous les droits du représenté mais en retour le soumettre à toutes ses obligations. Ces principes ne s'appliquent d'ailleurs qu'aux dettes acquittées au profit du représenté de son vivant. Par conséquent les sommes pour lesquelles le défunt s'est, après le décès de son successible, porté caution de ce dernier, ne peuvent pas être déduites par voie de rapport en moins prenant de la part héréditaire du représentant du successible ainsi cautionné, mais sont à la charge de tous les héritiers (2).

Nous venons de voir que le représentant ne doit avoir rien de plus que le représenté ; il ne doit avoir rien de moins. Cette seconde partie de la formule traditionnelle n'a plus aujourd'hui beaucoup d'importance : le Code civil a en effet supprimé toutes les différences entre

1. Poitiers, 26 juin 1856. D. 1856. 2. 180

2. Cass., 3 janvier 1859. D. 59. 1. 56 et la note.

les enfants et établi entre eux l'égalité de droit. Dans l'ancien droit qui reconnaissait les privilèges d'atnesse, de masculinité, du double lien, l'application de notre règle donnait au contraire lieu à des difficultés et à des controverses nombreuses ; nous avons déjà exposé dans notre partie historique les principales de ces questions ; nous n'y reviendrons pas ici.

La représentation, dit-on encore, fait monter le représentant au degré du représenté : le représentant doit successivement franchir tous les degrés pour arriver en rang utile pour succéder de sorte que s'il y a à un degré intermédiaire un incapable, un indigne ou un héritier qui a épuisé son droit, le représentant se trouve arrêté et ne peut monter au degré précédent ; on exprime ce résultat en disant que la représentation n'a pas lieu *per saltum* ou *omisso medio*. Par exemple : X de la succession duquel il s'agit laisse un fils A et un arrière-petit-fils D, son autre fils B et son petit-fils C étant morts avant lui. Si pour une cause quelconque, par exemple par suite de l'indignité de C, D se trouve privé du droit de représenter ce dernier, il ne pourra pas non plus entrer dans le degré de B et sera exclu par A, qui occupe un degré plus proche que lui (1). Ces solutions auxquelles conduit forcément l'idée de fiction sont très regrettables ; la théorie que

1. Cf. Aubry et Rau, t. VI, p. 298, de nombreux exemples accompagnés de tableaux.

nous défendons permettrait de les éviter ; il suffit pour cela de respecter le droit des souches et d'admettre que dans chaque souche la vocation de l'héritier du degré subséquent n'est pas annulée par la présence au degré supérieur d'un héritier qui ne peut ou ne veut user de son droit héréditaire

La représentation peut encore avoir pour effet non seulement de faire arriver à la succession les descendants d'une branche mais encore de leur donner le moyen d'exclure les descendants d'une branche en degré égal ou même plus proche mais qui ne peuvent de leur côté invoquer ce bénéfice. Ce résultat directement contraire au but de la représentation répugnait au bon sens de nos anciens auteurs (1) qui hésitaient à l'admettre en déclarant que la représentation a été créée pour succéder et non pas pour exclure. Nous ne voyons pas comment on pourrait justifier une pareille solution : quand une idée conduit à de telles conséquences c'est qu'elle est fautive ; il faut l'abandonner.

1. V. plus haut.

CONCLUSION

L'utilité du principe de la représentation ne paraît pas douteuse. Le principe de la proximité du degré adopté, peut-être à tort, comme base de l'organisation successorale par notre Code civil, conduirait en tout cas, s'il était appliqué strictement, à des résultats qui nous paraîtraient choquants : si, dans un état de civilisation peu avancée, où l'état de guerre presque permanent impose aux familles la nécessité de chefs vigoureux et hardis (1), on a pu admettre que les jeunes, moins aptes à la lutte, seraient sans cesse sacrifiés aux plus forts ; nous ne concevrions plus aujourd'hui, qu'un fils du défunt, par exemple recueille la succession tout entière, en excluant des petits-fils issus d'un autre fils prédécédé, sous le prétexte qu'il est plus proche en degré. Ce sont de pareils résultats que la représentation permet d'éviter, atténuant ainsi d'une manière très heureuse le principe de la proximité du degré : elle apparaît donc comme une idée juste et équitable ; et cependant il est

1. V. plus haut.

des cas où son application conduira à des résultats discutables (2) : supposons en effet que le défunt ne laisse comme héritiers que six petits-fils issus, cinq d'un de ses fils prédécédés, et le sixième de son autre fils également prédécédé. Ces petits enfants vont succéder à leur aïeul par représentation, la succession sera partagée entre eux par moitié et celui qui est seul dans sa souche obtiendra autant que les cinq autres réunis ; si l'on suppose en outre que le petits-fils unique a une situation de fortune meilleure que celle de ses cousins, germains, la répartition des biens faite d'après les principes de la représentation ne semblera pas très juste. Et l'on aperçoit par là la difficulté qu'il y a à trouver un principe dont toutes les applications seront conformes à l'équité : il faut avouer d'ailleurs qu'à la bien examiner, l'hypothèse que nous avons construite ne consacre pas une injustice telle qu'il faille déclarer mauvais le principe de la représentation ; si les fils avaient survécu et transmis à leurs enfants les biens recueillis dans la succession du *de cujus* la répartition eût été exactement la même et eût cependant paru très naturelle. L'objection perd donc beaucoup de sa valeur et l'injustice est plus apparente que réelle dans le cas précité.

Il reste donc exact de dire que la représentation a, dans notre système successoral, un effet bienfaisant. A la vérité, son influence serait plus grande et meilleure

1. V. Huber. *Motifs des successions*, t. II, p. 8.

si elle était organisée dans le Code d'une façon rationnelle : telle qu'elle est dans notre droit actuel elle est en somme une « arme à deux tranchants » (1), tantôt favorable, tantôt défavorable aux descendants : bonne dans son principe, défectueuse dans son organisation pratique ; et l'on peut adresser à la représentation du Code civil des critiques fondées.

La règle d'après laquelle on ne représente pas les personnes vivantes ne se peut justifier, comme le montre la faiblesse des raisons qu'on en donne. On dit, par exemple, que dans ce cas la représentation n'est pas possible parce que le représenté vivant occupe sa place. Remarquons d'abord que la question ne se pose qu'au cas de renonciation ou d'indignité, dans les autres cas le représenté vivant succède, il occupe alors réellement sa place mais il ne peut être question de représentation. Dans nos deux cas, au contraire, comment dire que le représenté occupe sa place ou son degré puisqu'il ne vient pas à la succession, puisqu'il en est écarté, puisqu'il doit être considéré d'après la loi elle-même comme n'ayant jamais été héritier ? On dit aussi que les droits ne sauraient être exercés par les représentants puisqu'ils ont été supprimés par l'indignité ou exercés par la renonciation ; mais si c'est là une raison vraie on ne pourra pas davantage représenter les prédécédés : la mort doit avoir un effet aussi énergique

1. Cf. Vallier, p. 279, § 368.

que l'indignité et, comme elle, supprimer les droits ; on ne comprend pas pourquoi ces droits seraient maintenus dans un cas et supprimés dans un autre. Ces raisons sont en réalité purement verbales et ne résistent pas à un examen attentif ; comme le remarque très justement Dworzack, nous avons reçu du vieil enseignement de la représentation cette conception, que celui-là seul peut être représenté qui n'est plus vivant, tandis que l'idée exacte est que tout homme qui n'arrive pas à la succession peut être représenté (1).

Le Code civil a supprimé une représentation spéciale à l'effet simplement de partager que notre ancien droit avait admise. Cette représentation, qui produisait d'heureux effets et atténuait, dans certains cas (2), les inconséquences du système faux de la représentation-fiction, était, il faut bien le reconnaître, en contradiction absolue avec la théorie adoptée. Pleinement conforme à l'idée du droit égal des souches indépendamment du nombre du degré ou de la situation de leurs membres, la représentation à fin de partager était une exception au système exceptionnel de la représentation ; tous les auteurs sont unanimes à regretter sa disparition. On en demande le rétablissement (3) : nous le sou-

1. *Dworzack ds æsterr. Gerichtszeitung*, 1866, p. 53 et p. 58.

2. V. plus haut.

3. V. travaux Commiss. rev. du Code civil. Questionnaire présenté à la 4^e Sous-Commission par M. Baudoin, procureur général de la Cour de Cassation, p. 19 sur l'article 787.

haitons aussi, mais il ne faut pas se dissimuler que ce n'est là qu'une réforme de détail, illogique même dans le système actuel du Code civil. Ce qu'il faut modifier c'est la conception même que se fait notre droit, de la représentation, on reviendra ainsi aux justes solutions de l'ancien droit sur ce point, sans reprendre une institution vieillie et qui n'aura plus sa raison d'être et l'on dira simplement que l'on se trouve dans un cas où le partage a lieu par souche.

Nous avons longuement exposé la controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si l'adopté peut être représenté par ses descendants et montré que l'évolution générale du droit se produisait dans le sens de l'opinion qu'une jurisprudence progressive a nettement adoptée. On propose de trancher législativement la controverse en ajoutant à l'article 745 que sous le nom d'enfants sont aussi compris les enfants adoptifs et leurs descendants (1). La réforme est excellente : l'adopté, ayant les mêmes droits qu'un enfant légitime dans la succession de l'adoptant, doit être considéré, par rapport à celui-ci, comme chef de souche ; son prédécès ne doit rien changer à la dévolution et ses enfants doivent recueillir la part qu'il aurait obtenue s'il avait survécu.

Il serait peut-être également utile au point de vue législatif de trancher un point qui ne fait plus de difficulté. La possibilité de la représentation de l'absent

1. Cf. Baudoin, *loc. cit.*, p. 10 sur l'article 745.

n'est plus mise en doute aujourd'hui par personne et nous avons montré que la solution adoptée par les auteurs et la jurisprudence s'imposait ; notre loi française est cependant muette sur cette question, il serait bon d'indiquer cette solution dans un texte formel (1). C'est ce qui a été fait dans le Code civil italien. Son article 734 maintient la prohibition de la représentation des personnes vivantes, mais indique une exception en faveur des absents.

Nous savons aussi que la représentation n'a pas lieu *per saltum* ou *omisso medio* ; c'est encore là une conséquence de la fiction admise et une conséquence grave, puisque la vocation des héritiers des degrés subséquents va être, pour ainsi dire absorbée, par celle du chef de souche, ou, d'une manière plus générale, par celle de tous les héritiers plus proches en degré.

Enfin le Code civil a repoussé la représentation à l'infini en ligne collatérale : et sur ce point la plupart des auteurs approuvent la loi française. Nous avons indiqué plus haut les inconvénients d'une aussi large représentation. Cependant, il est curieux d'observer que l'opinion a sur ce point pu changer très rapidement : adoptée par la loi de nivôse an II comme une institution très utile, elle avait été quelque temps auparavant très sévèrement critiquée à la Constituante, en 1790, par Merlin qui n'y avait vu qu'un des moyens destinés à

1. *Ibid.*, p. 9 sur l'article 744.

nourrir l'orgueil des familles (1). La représentation à l'infini a toujours eu, d'ailleurs, des défenseurs : Lamoignon en était partisan, et de nos jours, de bons esprits contestent notre restriction moderne (2). La successibilité telle qu'elle est organisée dans notre Code civil est certainement trop étendue et ne correspond plus à l'état de la famille actuelle (3), aussi a-t-on songé à assigner à la vocation héréditaire des limites plus étroites ; des projets ont été établis qui n'appellent à la succession que les parents du huitième, du sixième ou même du quatrième degré. Plus encore que l'illogisme de la limite adoptée par le Code, la nécessité de trouver des ressources hâtera la réforme successorale et peut-être alors songera-t-on à la représentation à l'infini en ligne collatérale pour fournir une compensation au sacrifice imposé (4) ?

On voit par cette revue des critiques principales que l'on peut formuler contre la théorie admise par le Code civil qu'il n'y a qu'un moyen d'éviter les mauvais résultats auxquels elle conduit : des modifications de détail pourraient en atténuer les défauts, pour les faire disparaître complètement c'est le faux principe qu'il faut rejeter ; il faut à l'idée moyenâgeuse de la

1. *Archives parlementaires*, t. XX, p. 604.

2. D'Espinay. *Liberté de tester*.

3. Cf. Vallier, *loc. cit.*, p. 637, § 922.

4. Cf. Baudoin, *loc. cit.*, p. 9 sur l'art. 744.

représentation-fiction substituer l'idée simple et claire du droit égal des souches sur les biens de l'auteur commun. C'est là la conception du Code civil allemand qui a du reste peu innové sur ce point car l'idée avait déjà été admise par nombre de législations particulières et déjà en 1883 M. Kohler pouvait en termes peut-être un peu emphatiques féliciter la science allemande « d'avoir mis au tombeau, la conception vicieuse qui est encore en pleine floraison » dans la doctrine et la jurisprudence française (1).

Le Code civil allemand a adopté un système de dévolution différent du nôtre ; au lieu de la classification des parents en ordres il a admis la classification par parentèles. On entend par parentèle le groupe des personnes unies les unes aux autres par suite de leur rattachement au même auteur commun (2). Par rapport à une personne déterminée la première parentèle sera formée par cette personne elle-même et ses descendants, la seconde par son père et ses descendants, la troisième par l'aïeul et ses descendants, etc. Ce système qui heurterait par certains côtés nos traditions françaises a le grand avantage d'être logique et de se suffire à lui-même ; de plus l'ordre des décès ne modifie pas le résultat final de la dévolution (3). La parentèle la plus

1. Kohler, *loc. cit.*, p. 368.

2. Endemann *Lehrbuch* des B. G. B. III § 13.

3. V. plus haut sur l'importance de ce résultat.

proche exclut la plus éloignée : tous ceux qui ont avec le *de cujus* l'auteur commun le plus proche excluent de la succession tous les parents ayant avec le défunt des auteurs communs plus éloignés (1). Mais dans l'intérieur de chaque parentèle on pouvait admettre que c'était la proximité du degré qui faisait la vocation ou bien adopter la représentation et le partage par souche. Le législateur allemand a admis le partage par souche dans les trois premières parentèles et la proximité du degré dans les autres.

Nous ne nous occuperons que des trois premières parentèles, et nous nous demanderons à ce propos si le Code civil allemand a réellement rejeté la théorie de la fiction. Il semble bien que ce point soit acquis et que le partage par souche soit considéré comme l'exercice d'un droit propre de la part des descendants plus éloignés vis-à-vis des descendants plus rapprochés. Le degré qu'aurait dû occuper un des descendants étant vacant par suite de n'importe quelle circonstance, sa place se trouve mécaniquement remplie par ses descendants, *ex jure proprio*. L'importance de cette question est très grande, puisque nous avons vu que l'admission de la fiction conduisait à la non-représentation des personnes vivantes, des indignes, des renonçants.

Le paragraphe 1924, qui est relatif à la première parentèle, dispose dans son alinéa 2 : « Le descendant vivant à

1. G. Pliniaux, *loc. cit.*, p. 140.

l'époque de la dévolution exclut ceux qui sont parents du défunt par son intermédiaire » et l'alinéa 3 reconnaît aux enfants de l'enfant prédécédé le droit de venir à la succession prendre la part qui serait revenue à celui-ci s'il avait survécu. On ne peut nier la ressemblance avec les dispositions de notre Code civil français : est-ce donc que le Code allemand a fait sienne la règle célèbre *vivi nulla repræsentatio* et a admis toutes ses conséquences ?

On peut d'abord remarquer que le Code civil allemand a repoussé au moins les conséquences les plus regrettables de la théorie de la fiction, puisque dans trois cas il reconnaît aux descendants d'un héritier vivant, mais écarté de la succession, le droit de succéder à sa place, de prendre la part à laquelle il aurait pu prétendre. L'un de ces cas est propre au droit allemand, c'est le désistement à succession, paragraphe 2349 ; les deux autres sont la renonciation, paragraphe 1953 et l'indignité paragraphe 2344 qui sont communes aux législations. Mais nous ne trouvons pas dans le Code allemand un article où soit formulé le principe général et on a pu soutenir qu'il avait adopté la théorie de la fiction en se bornant à y établir des exceptions pour les cas où son application conduit à des résultats particulièrement regrettables ; s'il en était ainsi, la réforme intéressante malgré tout au point de vue pratique, serait théoriquement d'une importance assez faible. On se basait pour soutenir l'opinion énoncée sur ce fait que le Code est muet sur

le cas de l'exhérédation cependant très voisin des autres. Les enfants de l'exhéredé n'étant pas personnellement appelés à la succession par le législateur, c'est donc qu'ils doivent être exclus ; et cela n'indiquait-il pas que le législateur loin de reconnaître aux descendants une vocation propre, distincte de celle de leur auteur, ne leur avait attribué qu'une vocation calquée sur celle de celui-ci, affectée des mêmes vices et absorbée par elle ?

Cette opinion ne semble pas justifiée et les commentateurs les plus autorisés (1) du Code civil allemand l'ont repoussé, d'accord en cela avec les Motifs (2) qui affirment à plusieurs reprises que tous les descendants ont une vocation héréditaire propre et distincte de celle de leur auteur. La question des enfants de l'exhéredé est elle-même controversée et la doctrine semble incliner en leur faveur (3). Enfin, dans le premier projet, le paragraphe 1972 posait le principe et embrassait également le cas de l'exhérédation ; il était ainsi conçu : « Lorsqu'un héritier légitime refuse la succession, ou a été exclu par disposition de dernière volonté du défunt, ou a été déclaré indigne de succéder, on le considère relativement à la dévolution de la succession

1. Planck, *Bürgerliches Gesetzbuch*, t. V, p. 15. — Druburg, *Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs*, p. 40.

2. Motive, V, p. 367, 375, 705.

3. Strohal, *Das deutsche Erbrecht nach dem bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 12. — Planck, *ibid.*, cit., p. 15.

comme décédé avant l'ouverture de la succession. » Il semble donc en tenant compte du fait que la seconde commission (1) a reconnu l'existence du cas de l'article 1938 et en notant que le paragraphe 2309 reconnaît un droit de réserve aux descendants de la personne exclue qu'il ne faille pas voir dans le paragraphe 1938 un argument favorable à l'idée de fiction (2). Le doute qu'avait pu faire naître la rédaction ambiguë d'un article ne résiste donc pas à l'examen et le Code civil allemand s'en est bien tenu à l'idée de partage par souche et n'a pas admis la théorie de la représentation-fiction dont les exceptions formellement reconnues par lui anéantiraient d'ailleurs les effets principaux.

Le partage a encore lieu par souche dans la deuxième parentèle, paragraphe 1925 : si le père ou la mère sont morts, leurs descendants les remplacent ; et ceux-ci sont considérés comme chefs de famille distinctes de sorte que si tous les frères ou sœurs du défunt sont vivants, ils partagent entre eux par tête, mais si l'un d'eux est prédécédé, la part qui lui revenait se fractionne entre tous ses descendants suivant les règles indiquées pour la première parentèle.

Même solution pour la troisième parentèle dans

1. Projet 2, t. V, p. 483.

2. V. C. civ. allem. Edit. précitée, t. III, p. 611.

laquelle le Code contrairement au premier projet (1), admet le principe du partage par souche. Ce système avait été rejeté par le premier projet à cause du trop grand morcellement de la fortune qu'il pouvait produire ; mais son abandon conduisait aussi à des injustices que la doctrine avait mises en lumière, et la deuxième commission ayant à se prononcer entre ces deux tendances, opta pour le partage par souche parce que « dans la deuxième génération au delà du *de cujus* la considération de la logique et de l'équité doit l'emporter sur le danger de l'émiettement des héritages ».

A partir de la quatrième parentèle, le droit de représentation cesse de fonctionner et c'est la proximité de la parenté avec le défunt qui détermine l'ordre de la succession en vertu de la vieille maxime du droit germanique « *nächst Blüt nächst güt* ».

Telles sont les solutions adoptées par le Code civil allemand ; il a abandonné l'idée de fiction. Si le représentant ne prend que la part du représenté et succède à sa place du moins le représentant a-t-il un droit personnel et non un droit « purement communiqué » (4). C'est en lui que doit se réaliser la capacité de succéder et non dans la personne de son ascendant ; inversement l'incapacité de ce dernier ne peut modifier sa capacité propre. Ce sont ces principes qui ont également guidé

1. Code civil allemand publié par le Comité de législation étrangère, t. III, p. 611.

les rédacteurs du Code civil suisse (1). C'est là un retour à l'idée simple du partage par souche : nous avons au cours de notre travail essayé de montrer, d'une part les inconvénients graves de l'idée de fiction, d'autre part, les avantages de l'idée de partage par souche ; l'exemple des deux législations européennes les plus récentes nous fournit un argument nouveau pour affirmer que seule l'idée de partage par souche peut permettre de faire de la représentation une construction juridique harmonieuse juste et logique.

1. Huber. *Motifs des Successions*, t. II, p. 52.

Vu : le Président de la thèse,
MASSIGLI

Vu : le Doyen,
LANDOUZY

Vu et permis d'imprimer
Le Vice-Recteur
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	11

PREMIÈRE PARTIE

Historique

CHAPITRE I. — Droit romain.....	27
CHAPITRE II. — Lois barbares.....	37
CHAPITRE III. — Ancien droit français.....	41
<i>Section I.</i> — Pays de droit écrit.....	41
<i>Section II.</i> — Pays de droit coutumier.....	61
CHAPITRE IV. — Droit intermédiaire.....	105
CHAPITRE V. — Code civil.....	118

DEUXIÈME PARTIE

Critique

CHAPITRE I. — Dans quels ordres d'héritiers et dans quelles successions la représentation est-elle admise ?.....	126
CHAPITRE II. — Conditions de la représentation.....	141
CHAPITRE III. — Effets de la représentation.....	191
CONCLUSION.....	217

